

# Praxis

de la  
Justicia Fiscal y  
Administrativa

Revista de Investigación Jurídica

Enero - Junio 2018

23

Luis José BÉJAR RIVERA  
Sandra Marlene CORNEJO ZAVALA  
y Alejandro ORRICO GÁLVEZ  
Oscar NAVA ESCUDERO  
Hortencia RODRÍGUEZ SÁNCHEZ  
Aida del Carmen SAN VICENTE PARADA  
Carlos ESPINOSA BERECHCOCHA  
Caleb RODRÍGUEZ OCAMPO  
Alfonso SANTIAGO  
Rubén GONZÁLEZ CONTRERAS  
Miguel Ángel GONZÁLEZ GONZÁLEZ  
MONTES DE OCA Y PEÑA, Asociados S. C.



**TFJA**  
TRIBUNAL FEDERAL  
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA



---

**Mag. Carlos Chaurand Arzate**

Presidente  
Tribunal Federal de Justicia Administrativa

---

**JUNTA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN**

**Mag. Carlos Chaurand Arzate**

Mag. Juan Ángel Chávez Ramírez  
Mag. Adalberto Gaspar Salgado Borrego  
Mag. Guillermo Valls Esponda  
Mag. María del Consuelo Arce Rodea

---

**COMITÉ EDITORIAL EXTERNO**

**Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa**

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

---

**CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES**

**EN MATERIA DE DERECHO FISCAL Y ADMINISTRATIVO**

**Dr. Carlos Espinosa Berecochea**

Director General

Lic. Mauricio Estrada Avilés  
Subdirector Académico  
Lic. Alejandra Abril Mondragón Contreras  
Jefa de Departamento  
LDG Dulce María Castro Robelo  
Jefa de Departamento de Diseño  
Lic. Diana Karen Mendoza García  
Técnico Administrativo  
C. María de los Ángeles González González  
Secretaria

---

**DICTAMINADORES DE ESTE NÚMERO**

Dr. Luis José Béjar, Dr. Carlos Espinosa, Dr. Juan Manuel Otero, Dr. Sinuhé Reyes,  
Dr. Guillermo Tenorio, Dr. Carlos A. Villanueva, Mtro. Rodrigo Salazar, Lic. Mauricio Estrada

---

**PORCENTAJE DE TRABAJOS RECHAZADOS**

Para este número fueron rechazados el 36% de los trabajos presentados

---

**2018**

Publicación editada por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa con domicilio en Insurgentes Sur 881, Torre "O", Col. Nápoles, Del. Benito Juárez, C. P. 03810, Ciudad de México, [www.tfja.mx](http://www.tfja.mx).

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

ISSN: 2007-3755



## CONTENIDO

### Derecho Administrativo

Jacinta Francisco Marcial y la reparación del daño por actividad irregular ..... <i>Luis José Béjar Rivera</i>	7
La culpa en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado ..... <i>Sandra Marlene Cornejo Zavaleta y Alejandro Orrico Gálvez</i>	31
Los obstáculos presupuestarios en la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de una suma de dinero. A propósito del derecho humano a una justicia pronta, completa y justa ..... <i>Óscar Nava Escudero</i>	43
La perspectiva de las finanzas públicas y la Administración ..... <i>Hortencia Rodríguez Sánchez</i>	69
Reconstruyendo el término de muerte encefálica en el Artículo 343 de la Ley General de Salud ..... <i>Aida del Carmen San Vicente Parada</i>	105

### Comercio Exterior

Tutela judicial efectiva. Su posible vulneración en el procedimiento <i>antidumping</i> ..... <i>Carlos Espinosa Berecochea</i>	123
--	-----

### Artículos de Opinión

La aplicación del control de convencionalidad por las autoridades administrativas ..... <i>Caleb Rodríguez Ocampo</i>	145
El Derecho Constitucional de las Políticas Públicas ..... <i>Alfonso Santiago</i>	153
Nueva normatividad al Comercio Exterior en México. Ahora le corresponde a las exportaciones y se llama control de exportaciones ..... <i>Rubén González Contreras</i>	161
Neoliberalismo Fiscal..... <i>Miguel Ángel González González</i>	167
Peritajes contables ..... <i>Montes de Oca y Peña, Asociados S. C.</i>	171



## JACINTA FRANCISCO MARCIAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR ACTIVIDAD IRREGULAR

Luis José BÉJAR RIVERA<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *El caso de Jacinta Francisco Marcial.* III. *Efectos de las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.* IV. *Responsabilidad patrimonial del Estado y su reclamo ante el TFJA.* V. *Los alcances de la sentencia condenatoria del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes de información.*

### RESUMEN

El punto de partida de este análisis es un asunto sumamente comentado en México, el caso de Jacinta Francisco Marcial, ya que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa determinó que la Procuraduría General de la República debía indemnizarla por su actuar indebido. Así, se examinan las diferencias entre las sentencias anulatorias y condenatorias que puede emitir ese Tribunal, sus efectos, los límites y reglas con las que cuenta, así como la reparación del daño por actos de esa Procuraduría, como parte de la Administración Pública, y los criterios para establecer la indemnización.

### PALABRAS CLAVE

Jacinta Francisco Marcial. Responsabilidad patrimonial del Estado. Contencioso administrativo. Actividad administrativa irregular. Indemnización. Responsabilidad directa. Responsabilidad objetiva. Daño patrimonial. Reparación patrimonial. Licitud. Ilícitud.

### ABSTRACT

The starting point of this analysis is a highly commented issue in Mexico, the case of Jacinta Francisco Marcial, since the Federal Court of Administrative Justice determined that the Attorney General's Office should compensate her for her wrongdoing. Thus, the differences between the annulled and condemnatory sentences that the Court can issue, its effects, the limits and rules it has, as well as the repair of the damage by acts of that Procurator's Office, as part of the Public Administration, and criteria for establishing compensation.

### KEY WORDS

Jacinta Francisco Marcial. State patrimonial responsibility. Administrative contentious. Irregular administrative activity. Compensation. Direct responsibility. Objective responsibility. Property damage. Property repair. Lawfulness. Illegality.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por el ITESO. Maestro en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Miembro Ordinario del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Profesor Investigador de la Universidad Panamericana, Campus México. *Visiting Research Fellow* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal.

## I. INTRODUCCIÓN

El respeto al Estado constitucional y democrático de Derecho hoy en día es una de las principales preocupaciones de los juristas. Muchos son los mecanismos que se establecen, tanto a rango constitucional, así como en tratados internacionales a los cuales México se ha adherido, que buscan precisamente el establecimiento de dichos mecanismos de tutela.

En el ámbito del Derecho Administrativo, como guardián natural y práctico de los derechos de los ciudadanos, recordando la expresión atribuida al profesor González Navarro: *el Derecho Administrativo es el derecho de la libertad*, y que tiene como cimiento principal la interdicción de los actos de autoridad que se estimen lesivos.

En este tenor, desde los orígenes mismos del Derecho Administrativo a 150 años desde su establecimiento como ciencia jurídica, se ha establecido, además del principio de legalidad, la tutela jurisdiccional, la equidad, la igualdad, la tutela patrimonial, entre otros, la obligación de la Administración Pública de reparar el daño que ocasione con motivo de su actividad.

Así, a efectos de lo anterior, hemos decidido tomar como punto de partida para nuestro análisis un asunto que ha sido bastante comentado en México, el caso Jacinta Francisco Marcial, ya el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA)<sup>2</sup> determinó que la Procuraduría General de la República (PGR) debe indemnizarla por su actuar indebido.

Lo anterior nos permite llevar nuestro análisis en este documento por varios puntos, a saber: a) las diferencias entre las sentencias anulatorias y condenatorias que puede emitir el TFJA y sus efectos; b) en concreto, cuáles son los límites y reglas con las que cuenta este Órgano Jurisdiccional en sus sentencias condenatorias (no debe perder de vista el lector que el TFJA no pertenece al Poder Judicial, sino se entiende como un tribunal autónomo); c) la reparación del daño por actos de la PGR como parte de la Administración Pública y los criterios del TFJA para establecer la indemnización.

Lo anterior, nos permitirá de alguna manera ver la evolución que la figura de la responsabilidad del Estado ha tenido a partir de su establecimiento a rango constitucional en el año 2004, máxime que en México, no contamos con ningún precedente respecto de la responsabilidad patrimonial respecto de la actividad administrativa de la PGR.

Es importante destacar que el análisis que planteamos en este trabajo no es bajo la óptica de la violación a los derechos humanos que fueron cometidos en el caso que nos ocupa (las cuales han sido más que evidenciadas, tanto por la Comisión Nacional

---

<sup>2</sup> Es importante señalar que en virtud de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPUEM), publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el día 27 de mayo de 2015, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se eleva a rango constitucional y bajo la denominación de Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA), pero condicionado a su entrada en vigor con una *vacatio legis* de un año y a que se promulgaran las reformas correspondientes a su legislación [N. del E. La legislación de referencia se expidió mediante Decreto publicado en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación, el 18 de julio de 2016].



de los Derechos Humanos (CNDH), como por diversas ONGs que han intervenido en el mismo), sino sobre los aspectos técnicos bajo los cuales se resolvió ante el TFJA este caso de reparación patrimonial.

También reconocemos que muchos temas colaterales en función del caso, seguramente quedaron en el tintero, por lo que realmente nos estamos centrando nada más en el análisis del caso.

## **II. EL CASO DE JACINTA FRANCISCO MARCIAL<sup>3</sup>**

A efecto de poner en contexto la resolución emitida por el TFJA, es importante tener claro el panorama de los sucesos del caso Jacinta Francisco Marcial.

En este tenor, el 3 de agosto de 2006, tres personas: Alberta Alcántara Juan, Teresa González Cornelio y Jacinta Francisco Marcial, indígenas otomíes, fueron detenidas y condenadas a 21 años de prisión por el delito de secuestro, siendo las víctimas, seis elementos de la ya extinta Agencia Federal de Investigación (AFI), el 26 de marzo de este mismo año, en Santiago Mexquititlán, Querétaro.

El 19 de julio de 2009, la CNDH emite una recomendación en contra de la PGR, por considerar que la detención está basada en testigos falsos y los llamados testimonios “de oídas”. El 3 de agosto, la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) clasifica el juicio contra Jacinta Francisco Marcial y las otras dos personas como de “campana urgente”, debido a la gravedad en las violaciones a sus derechos humanos.

El 16 de septiembre de 2009, Jacinta Francisco Marcial es puesta en libertad después de poco más de tres años de prisión.

El 17 de marzo de 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación atrae la apelación promovida por la defensa de las indígenas.

En marzo del mismo año, la PGR no acepta la recomendación de la CNDH para revisar el caso de las indígenas ñhá-ñhü.

La Ministra de la SCJN Olga Sánchez Cordero presenta un proyecto de sentencia que propone la libertad inmediata de Alberta y Teresa, pues encontró graves irregularidades en el proceso en su contra.

El 4 de mayo de 2010, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (OACNUDH) demanda la reparación del daño a las indígenas Alberta Alcántara y Teresa González, luego de que la SCJN determinara su inocencia.

En diciembre de 2012, ante la solicitud de la reparación patrimonial promovida por Jacinta Francisco Marcial, la PGR se niega a reparar los daños ocasionados a las tres indígenas. Ante dicha negativa, se promueve juicio contencioso administrativo federal.

---

<sup>3</sup> La narración de sucesos que se presenta está tomada del diario *El Universal*, <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2014/impreso/cronologia-el-caso-jacinta-francisco-marcial-215930.html>, consultado el 28 de marzo de 2016.

El 28 de mayo de 2014, el Pleno del TFJA emite sentencia por 8 votos a favor y dos en contra, mediante la cual condena a la PGR a la reparación del daño, tanto patrimonial como moral, en el caso de Jacinta Francisco Marcial, así como un reconocimiento público de su inocencia, por considerar que existió una actuación administrativa irregular por parte de la PGR. El monto de la indemnización ha sido reservado para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernativa [ya abrogada y sustituida por la Ley General de Transparencia (LGT)].

Un detalle interesante es que se estableció, mediante sesión pública del Pleno del TFJA que la sentencia, además de contener los tecnicismos propios de una sentencia administrativa, deberá emitirse en formato de lectura fácil, para salvaguardar los derechos de acceso a la justicia de Jacinta Francisco Marcial<sup>4</sup>.

El Tribunal Colegiado de Circuito competente determinó confirmar la sentencia emitida por el TFJA, y el 21 de febrero, la PGR ofreció públicamente una disculpa a Jacinta Francisco Marcial, así como a los otras dos mujeres que fueron encarceladas, reconociendo expresamente su inocencia en relación a los actos que les fueron imputados.

### **III. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA**

No es menester de este trabajo establecer la naturaleza jurídica y posición que guarda el TFJA dentro del sistema jurídico mexicano, baste por lo pronto referir que es un Tribunal dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, sin que este pertenezca al Poder Judicial de la Federación, pero tampoco se entiende que pertenezca al Ejecutivo Federal, por tanto, bien se puede entender como un Tribunal dotado de autonomía a nivel constitucional, en términos de lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXIX, inciso H<sup>5</sup>.

Históricamente, el TFJA (antes Tribunal Fiscal de la Federación), nace como un tribunal en sede administrativa, que tiene por objeto determinar la validez o invalidez de las resoluciones emitidas por la autoridad tributaria. Esto se modifica en el año 2000, cuando además de la modificación a su nomenclatura a Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), se amplían sus facultades para conocer de las resoluciones emitidas por las autoridades administrativas.

En el caso del Derecho mexicano, tal y como lo hemos sostenido en otras ocasiones<sup>6</sup>, el contencioso administrativo federal hunde sus raíces en el Derecho francés, aunque a partir de ahí continuó por caminos muy distintos.

<sup>4</sup> Cfr. Boletín 004/2014 de la Dirección General de Comunicación Social del TFJFA, visible en <http://www.tfjfa.gob.mx/index.php/component/content/article?id=2570>, consultado el 4 de abril de 2016.

<sup>5</sup> A mayor abundamiento sobre este particular, Cfr. Béjar Rivera, Luis José, "La dualidad jurisdiccional en la materia administrativa en México" en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, Vázquez Irizarry, William y Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen (coords.), *Contenciosos administrativos en Iberoamérica*, Universidad de Puerto Rico, 2015, t. 1, pp. 273-287.

<sup>6</sup> Cfr. *Idem*.

El TFJA nace como un tribunal de anulación, y con el paso de los años se le han ido incorporando algunas atribuciones de condena respecto de actos de la Administración Pública, es decir, transita entre la sentencia declarativa y la sentencia de plena jurisdicción.

En este tenor, señala Emilio Margáin Manautou, que las diferencias (características) entre el llamado tribunal de anulación<sup>7</sup> y el de plena jurisdicción<sup>8</sup> son:

- a) En cuanto a la anulación, el juez no puede dar instrucción alguna a la Administración sobre el contenido de un nuevo acto, cuando este ha sido anulado, mientras que en el segundo supuesto, claramente puede instruir a la Administración sobre el sentido específico que le debe dar a su acto administrativo;
- b) En el primero de los casos, la sentencia solo se puede referir a resoluciones ejecutorias, mientras que en la plena jurisdicción, la sentencia no se limita únicamente a la declaración de nulidad del acto, sino que analiza toda una operación jurídica, por ejemplo, de un contrato público;
- c) Tratándose de la nulidad, el juez únicamente se limita a evaluar las causales como modalidades de la legalidad, mientras que en la plena jurisdicción, además de las causales de ilicitud o nulidad, pueden ser evaluados también los hechos individualizados de una conducta administrativa;
- d) Se entiende que en la anulación el juicio es estrictamente objetivo en cuanto a que se tasa un acto frente a las disposiciones legales que lo regulan, y el de plena jurisdicción va un poco más allá, al analizar también cuando se reclama una ventaja personal;
- e) Y agrega el autor (siguiendo el pensamiento del profesor francés Waline), el juez de anulación únicamente se limita a declarar la validez o invalidez del acto impugnado, pero sobre todo, no puede pronunciarse respecto de una condena pecuniaria o cualquier otro tipo de condena<sup>9</sup>.

Coincidimos con las precisiones y diferencias que hace el profesor mexicano Margáin Manautou antes expuestas en cuanto a las diferencias que se presentan entre un tribunal de simple anulación y un tribunal de plena jurisdicción; y para este autor, el TFJA corresponde a los primeros, argumentando esencialmente que se trata de un tribunal de anulación en virtud de que: a) no cuenta con medios de ejecución de sus propias sentencias y; b) el juicio contencioso administrativo es un juicio de ilegitimidad de los actos emanados de autoridad

<sup>7</sup> El contencioso objetivo: "... ha sido creado en amparo de la legalidad infringida en el acto administrativo." Cfr. Argañarás, Manuel J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Lex, 1988, p. 401.

<sup>8</sup> Para el mismo autor, el contencioso de plena jurisdicción: "... fué instituído en amparo del derecho de los administrados frente a la Administración que lo hubiese desconocido o vulnerado..." (*sic*, *idem*).

<sup>9</sup> Cfr. Margáin Manautou, Emilio, *De lo contencioso administrativo. De anulación o de ilegitimidad* 13ª. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 4 y 5.

administrativa. Simplemente se le han otorgado algunas características propias de la plena jurisdicción para lograr una mejor impartición de justicia y nada más<sup>10</sup>.

Definitivamente nosotros no coincidimos con esta postura, pues claramente a lo largo de la breve, pero concienzuda historia del TEJA se ha ido evolucionando en el sentido y alcances de las sentencias emitidas por este Órgano Jurisdiccional<sup>11</sup>, y reconociendo que nace como un tribunal de anulación, con el paso de los años ya ha ido consolidando su posición como tribunal de plena jurisdicción.

Así, aunque en sus orígenes con la Ley de Justicia Fiscal del año 1936 se limitaba a declarar la validez o invalidez de los actos administrativos tributarios, fue evolucionando y en los años setenta del siglo pasado, ya regulado el juicio contencioso administrativo por el Código Fiscal de la Federación (CFF), se incluyen atribuciones de condena tratándose de pensiones militares y civiles. Con el paso de los años, específicamente con la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) y con muchos criterios jurisprudenciales de por medio, se va consolidando su atribución de condena.

Finalmente, con la aparición de la reforma constitucional del año 2004 en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en el Artículo 113 (hoy en el 109 en virtud de la reforma anticorrupción de mayo de 2015), se establece claramente la facultad del TEJA de pronunciarse sobre el daño patrimonial que una persona sufra en virtud de una actuación administrativa irregular.

Lo anterior, de ninguna forma quiere decir que se haya modificado sustancialmente su función de declarar la validez o invalidez de los actos administrativos, pero aún más, puede pronunciarse sobre el sentido que la Administración Pública debe dar sobre un acto declarado como nulo, así como establecer una serie de condenas dependiendo del caso concreto.

En este sentido, no debemos de perder de vista que las causales de nulidad reguladas por la LFPCA, en términos de su Artículo 51 son:

- a) Incompetencia del funcionario que haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del acto impugnado.
- b) Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecten las defensas del particular.
- c) Vicios del procedimiento que trasciendan a las defensas del particular.

---

<sup>10</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 6-8.

<sup>11</sup> En aras de ser un poco más específicos con este tema, tomando en consideración que el TEJA no realiza una función judicial, sino una función jurisdiccional, entendiendo por esta: "... la manifestación del Estado, que tiene por objeto resolver las controversias que se plantean entre dos partes con intereses contrapuestos, que son sometidas a la consideración de su órgano estatal, el cual actúa de manera imparcial". Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, 10ª. ed., México, Porrúa, 2008, p. 18.

- d) Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien, se dictó en contravención de una norma aplicable al caso o se dejó de aplicar una norma en cuanto al fondo del asunto.
- e) Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales, no corresponda a la finalidad para los cuales la ley le confiera dichas facultades.

Como complemento a lo expuesto en líneas precedentes, el diverso numeral 52, señala que la sentencia emitida por el TFJA podrá:

- a) Reconocer la validez de la resolución impugnada;
- b) Declarar la nulidad de la resolución impugnada;
- c) Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiéndolos precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad deberá cumplirla, reponiendo el procedimiento desde el momento en que se cometió la violación;
- d) Declarar la nulidad de la resolución impugnada y ordenar la reposición del procedimiento o que se emita una nueva resolución, también podrá indicar los términos en los cuáles deberá dictar su resolución la autoridad administrativa;
- e) Declarar la nulidad de la resolución impugnada y además:
  - i. Reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa;
  - ii. Otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos afectados;
  - iii. Declarar la nulidad del acto administrativo de carácter general (distinto del reglamento), caso en el que cesarán los efectos del mismo en la esfera jurídica del actor; y
  - iv. Reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

Dejemos de momento el tema de los alcances de la sentencia, los cuales a nuestro juicio resultan prácticamente auto-explicativos y los cuales retomaremos en líneas posteriores, por lo pronto remitimos al lector hacia la responsabilidad patrimonial del Estado y el tratamiento que el TFJA debe dar a esta.

#### **IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y SU RECLAMO ANTE EL TFJA**

##### *1. Notas sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en México*

A guisa de inicio, señala el profesor español Luis Martín Rebollo:

El tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. En la clásica

formulación liberal de M. Hauriou, en efecto, la responsabilidad del Estado aparece, junto con el contencioso, como uno de los pilares del Derecho Administrativo concebido éste como un Derecho garantizador de las posibles extralimitaciones del Poder. La responsabilidad, así, protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que estas están llamadas a desarrollar<sup>12</sup>.

En complemento a lo anterior, tal y como lo señala el profesor uruguayo Carlos E. Delpiazzo, el Derecho Administrativo (y el Estado de Derecho en sí) está centralizado en la persona humana<sup>13</sup>. El Derecho Administrativo, como nos hemos pronunciado en otras ocasiones, hunde precisamente sus raíces en la tutela del administrado frente a la acción de la Administración Pública<sup>14</sup>, por tanto, uno de sus presupuestos más elementales, como lo señala Hauriou, es que la Administración debe ser responsable y reparar el daño, cuando con motivo de su actuar se le ocasiona a un particular, sin existir justificación legal para ello.

La figura de la responsabilidad patrimonial del Estado no es nueva en nuestro país, pues hasta el año 2004 se encontraba regulada en los diversos códigos civiles<sup>15</sup>, pero como una responsabilidad solidaria o subsidiaria, cuando el funcionario público que en virtud de su actuación ocasionase un daño.

Ahora bien, el texto constitucional señala que la responsabilidad patrimonial del Estado, que en virtud de una actuación administrativa irregular ocasione, será objetiva y directa<sup>16</sup>. Por responsabilidad objetiva entendemos:

- a) La persona causante del daño (el Estado) responde por él, sin tomar en consideración la voluntad en la comisión (u omisión); y por tanto,
- b) La responsabilidad (conceptualmente hablando) está desvinculada sustancialmente de la negligencia, el dolo o la intencionalidad, que son cuestiones propias de la responsabilidad subjetiva<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Martín Rebollo, Luis, *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, Madrid, Iustel, 2005, p. 41.

<sup>13</sup> Cfr. Delpiazzo, Carlos E., *Estudios sobre la responsabilidad de la Administración*, Universidad de Montevideo, 2009, pp. 10 y ss.

<sup>14</sup> Béjar Rivera, Luis José, "La vocación del Derecho Administrativo hacia la concreción de los derechos humanos", en Hernández Álvarez, Martha María del Carmen (coord.), *Derechos humanos. Perspectivas y retos*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 885-896.

<sup>15</sup> No debe perder de vista el lector que México, al seguir un modelo federalista, ha optado por dejar en manos de las entidades federativas la regulación de la materia civil, por tanto, nuestro Derecho Positivo consagra 33 Códigos Civiles, uno por cada Estado y otro más para el ámbito federal, el cual, prácticamente es una norma supletoria a la legislación federal, pero difícilmente tiene aplicación directa sobre un caso concreto.

<sup>16</sup> Cfr. Último párrafo del Artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>17</sup> Cfr. Béjar Rivera, Luis José, "El daño como objeto de la responsabilidad patrimonial. Breves consideraciones en torno a la figura en México", en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, Fernández Ruiz,



Señalar que el Estado responderá de forma directa es, en palabras de Miguel S. Marienhoff: “No obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un funcionario o empleado público (‘agente público’), el Estado es responsable por las consecuencias dañosas de tal comportamiento o conducta. Esa responsabilidad es ‘directa’, no ‘indirecta’, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de un agente público (funcionario o empleado). La responsabilidad extracontractual del Estado es, pues, ‘directa’, vale decir, presupone un hecho o acto propiamente suyo”<sup>18</sup>.

Ahora bien, ya establecida que la responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva y directa, corresponde ahora introducirnos al concepto base de la reparación del daño, es decir, la actividad administrativa irregular. En términos del párrafo segundo del Artículo 1° de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE) se establece lo siguiente: “... Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”.

Muchas son las teorías que se han presentado para explicar la institución de la responsabilidad patrimonial, desde posiciones como que la norma positiva debe regular la reparación extracontractual, la teoría de la conducta antijurídica planteada por García de Enterría y, por supuesto, la teoría de Marienhoff, en el sentido de que baste con que se presente la lesión patrimonial y la reparación queda plenamente justificada por el propio orden jurídico, al consagrar la reparación patrimonial como un derivado de los derechos fundamentales (principalmente del derecho de propiedad y el principio de igualdad).

Tampoco perdemos de vista que esta última postura, la cual consideramos en términos generales más que aceptable, puede encontrar su origen en la *lex aquiliana*, que señala tajantemente que aquel que ocasione un daño debe repararlo.

Sin pretender en este momento hacer un estudio exhaustivo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por no ser el objeto del presente trabajo, sí debemos tener algunas ideas claras para efectos del análisis aquí planteado.

En este sentido, de *grosso modo*, entendemos por actividad administrativa irregular, tal y como lo señala la Ley federal vigente en México, aquella actividad que ocasione un daño o un perjuicio a un particular y que este no tenga el deber jurídico de soportarlo por no existir fundamento legal alguno o causa jurídica que lo justifique.

Así, sabemos que todos los sistemas jurídicos consagran deberes jurídicos de soportar ciertas afectaciones en nuestros bienes o derechos. Baste como ejemplo la obligación

---

Jorge, Béjar Rivera, Luis José y Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, México, FIDA-UP-Espress, 2014, t. 1, p. 388.

<sup>18</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. IV, p. 755.

consagrada en el Artículo 31, fracción IV, de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en el cual se señala que es deber de los mexicanos contribuir para con el gasto público de manera proporcional y equitativa en que marquen las leyes. La tributación sin duda es una afectación patrimonial, toda vez que implica un menoscabo en nuestros ingresos, con relativamente pocos límites más allá de la proporcionalidad y equidad que establece la propia Constitución<sup>19</sup>. Otro ejemplo de ellos lo encontramos

---

<sup>19</sup> Se ha establecido como criterio limitante en la materia tributaria el concepto de mínimo vital, consagrado, entre otras, en la tesis aislada I.9o.A.1 del Noveno Tribunal Colegiado de Circuito (TCC) en Materia Administrativa, visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, publicada el viernes 18 de marzo de 2016, la cual dice textualmente:

MÍNIMO VITAL. CONFORME AL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y AL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, SE ENCUENTRA DIRIGIDO A SALVAGUARDAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO DE LAS JURÍDICAS.- El derecho al mínimo vital se fundamenta en la dignidad humana, la solidaridad, la libertad, la igualdad material y el Estado social, al considerar que las personas, para gozar plenamente de su libertad, necesitan un mínimo de seguridad económica y de la satisfacción de sus necesidades básicas. Por ende, constituye el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos que aseguren a toda persona su subsistencia y un nivel de vida digno, así como la satisfacción de las necesidades básicas. Ahora bien, en el ámbito internacional podemos encontrar algunas normas que incluyen el derecho al mínimo vital, aunque no con esa denominación. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, a ella y a su familia, la salud y el bienestar, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (artículo 25, numeral 1); de igual manera, prevé el derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure a la persona y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana, y que dicha remuneración debe completarse con cualquier otro medio de protección social (artículo 23, numeral 3). En el mismo contexto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene normas que en cierta medida recogen elementos de la prerrogativa indicada pues, por una parte, desarrolla el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (artículo 11, numeral 1); además, establece que la remuneración de los trabajadores como mínimo debe garantizar condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias [artículo 7, inciso a), subinciso ii)]. Por lo que hace al derecho mexicano, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal Constitucional estableció, en la ejecutoria que dio origen a la tesis aislada 1a. XCVII/2007, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, página 793, de rubro: "DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.", que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. De lo anterior se sigue que el derecho al mínimo vital: I. Deriva del principio de dignidad humana, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta; II. Está dirigido a los individuos en su carácter de personas físicas; III. Es un derecho fundamental no consagrado expresamente en la Carta Magna, pero que se colige a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en sus artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV y 123 y de los derechos a la vida, a la integridad física, a la igualdad, a la salud, al trabajo y a la seguridad



en el Derecho Privado, en las llamadas servidumbres<sup>20</sup> de paso, donde la propiedad del predio se ve afectada por necesidad de un tercero e incluso, en caso de ser necesario, impuesta por el juez<sup>21</sup>.

En este tenor, reiteramos, no es posible exigir una reparación patrimonial por afectaciones patrimoniales o en los derechos de una persona, cuando estos estén debidamente justificados en una norma de Derecho positivo (salvo que la norma se considere inconstitucional), y por tanto, existe ese deber jurídico de soportar el daño o afectación.

En contraposición a lo anterior, la actividad administrativa irregular se presenta cuando el particular no tiene el deber jurídico de soportar dicha afectación en sus bienes o derechos, y por tanto, en caso de que se presente dicha afectación, este tendrá el derecho de solicitar a la autoridad administrativa la reparación patrimonial.

Abriendo y cerrando una pregunta que indudablemente transita de la mano de este planteamiento: ¿el Estado es responsable por actos lícitos o ilícitos de la Administración Pública?

La respuesta a lo anterior es que no importa. Si de una actuación administrativa se desprende una lesión en bienes o derechos a un particular y no se tiene el deber jurídico de soportarla, entonces deberán reparar el daño. Incluso nos atrevemos a opinar un poco más al respecto. Aun si se tratase de actos ilícitos de la Administración, el sistema contencioso administrativo permite decretar la nulidad de dicho acto y retrotraer los efectos de los mismos a su origen, aunque no imposible, pero resulta poco probable que se actualice realmente una lesión patrimonial al administrado; en contraposición, aun si se trata de actos lícitos de la Administración Pública, se puede ocasionar un daño que el particular no tenga la obligación de soportar y, por ende, la Administración debe reparar el daño, aun cuando no se haya actuado de forma ilegal.

---

social, entre otros, a través del cual se garantizan los requerimientos básicos indispensables para asegurar una subsistencia digna del individuo y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario, sino también en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente; y, IV. No puede entenderse como una protección económica únicamente, sino como una tutela vinculada con la dignidad de la persona, la integridad física, la vida y la protección de la familia. Por tanto, conforme al derecho constitucional mexicano y al internacional de los derechos humanos, el derecho al mínimo vital está dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas físicas y no de las jurídicas.

<sup>20</sup> En palabras de Rafael Rojina Villegas, las servidumbres son: "... gravámenes reales que se imponen a favor del dueño de un predio y a cargo de otro fondo propiedad de distinto dueño, para beneficio o mayor utilidad del primero". *Cfr.* De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Bienes y derechos reales*, 7ª. ed., México, Porrúa, 2014, p. 536.

<sup>21</sup> El Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), señala lo siguiente:  
"Artículo 1073.- Cuando un predio rústico o urbano se encuentre enclavado entre otros, estarán obligados los dueños de los predios circunvecinos a permitir el desagüe del central. Las dimensiones y dirección del conducto del desagüe, si no se ponen de acuerdo los interesados, se fijarán por el juez, previo informe de peritos y audiencia de los interesados, observándose, en cuanto fuere posible, las reglas dadas para la servidumbre de paso."

En conclusión, la actuación administrativa irregular se refiere como tal al daño o lesión ocasionada, no a la actuación en sí. Desafortunadamente a nuestro juicio, el Máximo Tribunal ha hecho una interpretación incorrecta del texto constitucional y del espíritu detrás de la responsabilidad patrimonial y, al día de hoy, no admite que se deba reparar el daño, tratándose de actos lícitos<sup>22</sup>.

La SCJN ha establecido, por criterio, tres requisitos para la procedencia de la reclamación patrimonial: a) existencia del daño, b) imputable a la Administración Pública (por acción o por omisión) y, c) el nexo causal entre el daño y la actividad administrativa<sup>23</sup>.

Ahora bien, la LFRPE establece el procedimiento a seguir para los reclamos patrimoniales.

El particular deberá solicitar, por escrito presentado ante la autoridad que estime sea la responsable por la reparación del daño, su reclamación [Artículo 18 de la LFRPE,

---

<sup>22</sup> La Segunda Sala de la SCJN, mediante la jurisprudencia 2a./J. 99/2014, visible en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, t. I, diciembre de 2014, p. 297, señala textualmente:

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

<sup>23</sup> La tesis aislada de referencia es la indicada con el número 1a.CLXXI/2014, emitida por la Primera Sala de la SCJN, visible en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 820, la cual señala textualmente:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA.- Toda vez que el término "responsabilidad objetiva" que prevé la Constitución, no puede ser entendido en el sentido que se le atribuye a la responsabilidad objetiva civil, sino que refiere a una responsabilidad derivada de un acto irregular del Estado, deben trasladarse los requisitos propios de la responsabilidad civil al esquema de responsabilidad patrimonial del Estado, sin ser necesario probar la culpa de un agente del Estado en particular, sino la actuación irregular de la dependencia demandada. Así, para que proceda el pago indemnizatorio por la actividad irregular del Estado, deben concurrir los siguientes requisitos: 1) La existencia de un daño. Dicho daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una o varias personas. 2) Que el daño sea imputable a la Administración Pública, por ser efecto de su actividad administrativa irregular, la cual puede consistir en la prestación deficiente del servicio público de salud. 3) El nexo causal entre el daño y la actividad de la Administración Pública.

siguiendo las reglas del procedimiento administrativo regulado por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA)]. A su solicitud, deberá incluir las pruebas que considere necesarias, una narración de los hechos y la relación causa-efecto entre el daño y la conducta administrativa (Artículo 21 de la LFRPE).

En el caso que nos ocupa, y de la narración de hechos, sabemos que Jacinta Francisco Marcial solicitó a la PGR la reparación del daño por actividad administrativa irregular en su perjuicio, durante la integración de la averiguación previa y consignación ante juez por el delito de privación ilegal de la libertad en perjuicio de seis agentes de la extinta AFI.

La PGR niega la procedencia del reclamo patrimonial, por tanto, se tramita el juicio contencioso administrativo ante el TFJA.

## *2. La competencia del TFJA en materia de responsabilidad patrimonial del Estado*

En primer término, acudimos a lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 109 de la CPEUM que establece lo siguiente: "... La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes".

Como lo señalamos en líneas precedentes, este texto estaba inserto en el diverso 113 de la Constitución, sin embargo, con motivo de la llamada reforma anticorrupción, el mismo se cambió a ocupar el último párrafo del Artículo 109.

Con absoluta independencia de lo anterior, el 31 de diciembre de 2004 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE), la cual, salvo una importante reforma sufrida el 12 de junio de 2009<sup>24</sup>, no ha sufrido ningún otro cambio y por ende, la entendemos al día de hoy como reglamentaria del último párrafo del Artículo 109 de la CPEUM.

Ahora bien, la LFRPE establece, en su Artículo 24, lo siguiente: "... Las resoluciones de la autoridad administrativa que nieguen la indemnización, o que, por su monto, no satisfagan al interesado podrán impugnarse mediante recurso de revisión en vía administrativa o bien, directamente por vía jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa".

Y complementando lo anterior, el Artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (LOTFJFA) señalaba textualmente:

---

<sup>24</sup> En su concepción originaria, el legislador estableció que el procedimiento de reclamo patrimonial se debía de tramitar ante el TFJFA, el cual demostró ser impráctico y, por tanto, en el 2009 se reformó para establecerse el procedimiento de reclamo, primero en vía administrativa ante la propia autoridad que se estime, sea la responsable de la actuación patrimonial y, ante la negativa, procedería el recurso administrativo en términos de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo (LFPA), regulado en los Artículos 86 a 93, o bien, la vía jurisdiccional, es decir, el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación:

...

VIII. Las que nieguen la indemnización o que, por su monto, no satisfagan al reclamante y las que impongan la obligación de resarcir los daños y perjuicios pagados con motivo de la reclamación, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado o de las leyes administrativas federales que contengan un régimen especial de responsabilidad patrimonial del Estado;

...

XII. Las que decidan los recursos administrativos en contra de las resoluciones que se indican en las demás fracciones de este artículo...

De los anteriores Artículos se advierte que la procedencia del juicio contencioso administrativo podía originarse de dos formas.

La primera de ellas, por disposición expresa del Artículo 24 de la LFRPE, en relación con la fracción VIII del diverso 14 de la LOTFJA, que le otorga competencia directa al TFJA para conocer vía juicio contencioso, cuando la autoridad que se estima ha ocasionado el daño se niegue a reconocerlo.

La segunda vía corresponde a la fracción XII del citado numeral 14 de la LOTFJA que establecía la competencia del Tribunal para conocer de impugnaciones en contra de la resolución del recurso de revisión regulado por la LFPA y que resulta procedente en términos del Artículo 24 de la LFRPE, en relación con el diverso 83 de la LFPA.

Con lo anterior, queda más que clara la competencia del TFJA<sup>25</sup> para conocer en materia de reparación patrimonial por parte del Estado.

Por otra parte, la siguiente pregunta que nos debemos de hacer es, si el TFJA puede conocer de una negativa a reparar el daño por actos de la PGR.

En este sentido, el Artículo 2º de la LFRPE señala textualmente:

Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal.

En estas condiciones, la legislación que regula el instituto de la responsabilidad patrimonial establece claramente como sujeto de la propia Ley a la PGR, así que en principio

---

<sup>25</sup> [N. del E.] Actualmente, las previsiones contenidas en las mencionadas fracciones VIII y XII del referido Artículo 14, están en las fracciones IX y XII del Artículo 3º de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, respectivamente.

sí es procedente el reclamo patrimonial y por ende el juicio contencioso administrativo en contra de actos de la Fiscalía.

Sin embargo, una duda que nos surge en este momento es, si el ejercicio de la función constitucional de la PGR, es decir, la investigación de la comisión de los delitos, así como el ejercicio de la acción penal (exclusiva de esta) es susceptible de un reclamo patrimonial y si el TFJA puede juzgar los actos de la PGR cuando está en ejercicio de sus atribuciones constitucionales. En pocas palabras, ¿puede el TFJA pronunciarse sobre conductas derivadas del Derecho Penal?

En el caso que nos ocupa, claramente el TFJA ya se pronunció sobre su competencia para conocer de dichos actos y por ello es que entró al estudio del asunto e incluso ya sentenció el mismo.

En este tenor, la técnica de las sentencias en el Derecho mexicano nos lleva establecer que lo primero que el juez estudia al momento de sentenciar es su propia competencia (aun cuando admitimos hizo una valoración previa al momento de dictar el acuerdo admisorio de la demanda) para poder pronunciarse sobre el asunto a juzgar<sup>26</sup>, aunque entendemos también que seguramente uno de los argumentos impugnados por la PGR fue precisamente en relación a la competencia del TFJA para conocer de este caso.

Continuando con lo anterior, un precedente interesante es la ejecutoria dictada por el Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito<sup>27</sup>, de la que se desprende que la vía idónea para reclamar una reclamación patrimonial, por actos de la PGR, es precisamente el juicio contencioso administrativo federal, tramitado ante el Tribunal, en el caso concreto, toda vez que alguna de las medidas adoptadas por la mencionada Procuraduría en el mismo, no correspondían al objeto de dicha medida<sup>28</sup>.

Así pues, es claro que el TFJA puede conocer del asunto, su competencia no admite duda alguna y, por tanto, es procedente que se pronunciara sobre el caso concreto.

A modo de corolario de este punto, nos parece importante destacar que el caso de Jacinta Francisco Marcial dejará un claro precedente para que las actuaciones administrativas irregulares de la PGR, como único titular de la acción penal, cumplan a plenitud todos sus extremos, pues más allá de las atribuciones de los jueces penales para desestimar sus determinaciones, o bien, pronunciar la exoneración del inculpado, además, la actua-

---

<sup>26</sup> Cfr. Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 4 y ss.

<sup>27</sup> Visible en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, t. III, febrero de 2014, p. 2246.

<sup>28</sup> A mayor abundamiento sobre este punto, se puede consultar la versión pública de dicha ejecutoria en:

[http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMCqc1Z\\_gSWfoYqUWrTH-ZoaSYLl8\\_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdl3h8dq9j221F4\\_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL-7BTFci6rg89tZmXfh\\_jUNa9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24867&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2005708](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMCqc1Z_gSWfoYqUWrTH-ZoaSYLl8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdl3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL-7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24867&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2005708), consultada el 11 de abril de 2016.

ción de la autoridad ministerial será objeto de reclamación patrimonial, lo que nos parece, es un abono más a la consecución de nuestro Estado de Derecho.

## **V. LOS ALCANCES DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA**

Corresponde ahora hacer algunos señalamientos en relación a las sentencias emitidas por el TFJA, del que ya hemos señalado en líneas precedentes, su atribución natural de declarar la nulidad de los actos administrativos no está en duda, pero además, bajo ciertas condiciones puede llegar a ejercer atribuciones de condena, siempre partiendo de la declaración de ilegalidad de los actos administrativos.

En términos de lo dispuesto por el Artículo 51 de la LFPCA se señala que una resolución administrativa se considera ilegal cuando se presente alguna de las siguientes causales (siguiendo la estructura tradicional del recurso por exceso de poder del Derecho francés):

a) *Incompetencia del funcionario que haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento administrativo del cual derive el acto administrativo*, y que la doctrina ha indicado se puede entender en tres sentidos: a) invasión de funciones, b) funcionarios de hecho y, c) usurpación de funciones<sup>29</sup>.

b) *Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, cuando trasciendan a la defensa del particular y al sentido de la resolución impugnada, incluso la ausencia de fundamentación y motivación*. Vicio que corresponde al elemento formal del acto administrativo y que en términos generales se encuentra consagrado en el Artículo 3° de la LFPA. Este vicio se deriva directamente de una afectación a la seguridad jurídica del gobernado, toda vez que se refiere a la parte visible del acto administrativo<sup>30</sup>.

c) *Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada*. Que en palabras de Lucero Espinosa: "... tendrán lugar en los casos en que no se cumplen los requisitos establecidos por la ley en la preparación de la voluntad administrativa"<sup>31</sup>.

d) *Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto*. Lo que significa a decir de Argañarás: "El acto –expresan Duez y Debeyre– ha sido producido por funcionario competente y con observancia de las formas legales; pero, su contenido, lo ha puesto en contradicción, en todo o en parte, con ciertas prescripciones de una norma de fondo que reglaba las facultades del agente"<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> A mayor abundamiento, *cf.* Lucero Espinosa, Manuel, *Teoría y práctica del contencioso administrativo Federal*, 10ª. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 264 y ss.

<sup>30</sup> A mayor abundamiento, *cf.* Béjar Rivera, Luis José, *El acto administrativo y su finalidad*, México, Porrúa-UP, 2010, pp. 5 y ss.

<sup>31</sup> Lucero Espinosa, Manuel, *op. cit.*, p. 288.

<sup>32</sup> Argañarás, Manuel J., *op. cit.*, p. 429.



e) *Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.* Lo cual corresponde a la llamada desviación de poder, que se ha considerado históricamente no como un control de la legalidad administrativa, sino más bien un control de la moral administrativa, pues se trata de que el funcionario utiliza sus atribuciones con una finalidad distinta para la cual le fue otorgada dicha atribución<sup>33</sup>.

En este sentido, el objeto de la sentencia que deberá recaer sobre la resolución que niegue una reclamación patrimonial, podrá basarse en cualquiera de las anteriores causales de nulidad reguladas por la ley, de tal forma que la negativa a otorgar la reparación patrimonial, por lo menos en cuanto al texto de la ley, no recibe ningún tratamiento distinto al resto de los actos administrativos.

Ahora bien, es importante distinguir específicamente los efectos de las sentencias dictadas por el TEJA y, en concreto, sobre la posibilidad de condena con la que cuenta ese Órgano Jurisdiccional, sobre la cual nos centraremos y consideramos es la correspondiente a un caso de responsabilidad patrimonial del Estado.

En términos del Artículo 52 de la LFPCA, se señala que los efectos de la sentencia podrán ser:

- a) Reconocer la validez del acto impugnado;
- b) Declarar la nulidad de la resolución impugnada;
- c) Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, debiendo reponer el procedimiento, en su caso, desde el momento en que se cometió la violación;
- d) Siempre que se esté en alguno de los supuestos previstos en las fracciones II y III, del Artículo 51 de esta Ley, el Tribunal declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita nueva resolución; en los demás casos, cuando corresponda a la pretensión deducida, también podrá indicar los términos conforme a los cuales deberá dictar su resolución la autoridad administrativa.

En los casos en que la sentencia implique una modificación a la cuantía de la resolución administrativa impugnada, la Sala Regional competente deberá precisar el monto, el alcance y los términos de la misma para su cumplimiento.

Tratándose de sanciones, cuando dicho Tribunal aprecie que la sanción es excesiva porque no se motivó adecuadamente o no se dieron los hechos agravantes de la sanción, deberá reducir el importe de la sanción apreciando libremente las circunstancias que dieron lugar a la misma.

---

<sup>33</sup> A mayor abundamiento, *cfr.* Silva Tamayo, Gustavo E., *Desviación de poder y abuso del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, 2006, pp. 130 y ss.

- e) Declarar la nulidad de la resolución impugnada y además:
- i. Reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa.
  - ii. Otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos afectados.
  - iii. Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa de carácter general, caso en que cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado. La declaración de nulidad no tendrá otros efectos para el demandante, salvo lo previsto por las leyes de la materia de que se trate.
  - iv. Reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

Adicionalmente, el último párrafo del Artículo 52 en comento señala que la sentencia se pronunciará sobre la indemnización o pago de costas, solicitados por las partes, cuando se adecue a los supuestos del Artículo 6° de esta Ley<sup>34</sup>.

El supuesto que en concreto nos interesa para efectos de este trabajo es el contenido en la fracción V del multicitado Artículo 52 de la LFPCA, mediante el cual se establece que en la sentencia, el Tribunal podrá reconocer la existencia de un derecho subjetivo y por tanto, obligar a la autoridad administrativa al cumplimiento de la obligación relativa y condenarla al pago de daños y perjuicios causados por sus funcionario públicos.

En este sentido, en el caso de Jacinta Francisco Marcial, la sentencia tiene dos efectos específicos, por una parte, se establece como una sentencia declarativa, pues decreta la nulidad de la resolución mediante la cual, la PGR se niega a reparar el daño ocasionado con motivo de su actuación administrativa irregular y, por otra parte, tiene efectos condenatorios.

En este sentido, señala el profesor uruguayo Augusto Durán Martínez que la sentencia condenatoria también es declarativa toda vez que incluye, además de la condena (hacer o no hacer), el reconocimiento de un derecho<sup>35</sup>, lo cual ha sido recogido plenamente por el Derecho Procesal Administrativo mexicano.

Ahora bien, en relación al efecto condenatorio, que es el que nos interesa en estos momentos, nos dicen Armienta Calderón y Armienta Hernández: “Las sentencias de condena, a diferencia de las meramente declarativas, no se limitan a dar certeza al derecho.

---

<sup>34</sup> El Artículo 6° de la LFPCA establece que en el juicio contencioso administrativo estará prohibida la condena de costas, excepto a favor de la autoridad cuando la demanda de nulidad se tramite con fines dilatorios y, por otra parte, habrá lugar a indemnización para el particular cuando: a) se anule el acto por ausencia de fundamentación o de motivación; b) el acto sea contrario a una jurisprudencia de la SCJN en materia de legalidad y, c) cuando se anule por desviación de poder.

<sup>35</sup> *Cfr.* Durán Martínez, Augusto, *Contencioso administrativo*, 2ª. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 330.



Van más allá. En ellas se conmina a la parte sobre la que recae la condena, a observar cierta conducta a favor del acto, con la finalidad de que se le reconozca la titularidad y se le restituya en el goce del derecho cuya tutela se demanda”<sup>36</sup>.

Para complementar lo anterior, viene al caso lo expuesto por Mabel Vieito Ferreiro y Laura Monti: “... las de condena (sentencias) se dan cuando se actúa una pretensión de ese tipo, lo que ocurre, por ejemplo, en los casos en los que en un juicio contencioso administrativo se esgrimen pretensiones de indemnización de daños, y no solo declaran el derecho sino que emiten un mandato individualizado de condena a dar, hacer o no hacer...”<sup>37</sup>

Ahora bien, para efectos de la condena antes señalada, debemos acudir a las reglas que la LFPRE establece para la reparación de los daños y perjuicios (materiales y morales), los cuales deberán ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población<sup>38</sup>.

El pago deberá realizarse en moneda nacional o bien, convenir el pago en especie [Artículo 1º, incisos a) y b), de la LFRPE]; su cuantificación se computará a partir de la fecha en que se produjo la lesión o la fecha en que haya cesado, tratándose de actos de tracto sucesivo o continuados [Artículo 11, inciso c), de la LFRPE] y deberá ser con valores actualizados<sup>39</sup>.

Los criterios para determinar la indemnización por daños y perjuicios materiales se tomarán en consideración a partir de los criterios establecidos por la Ley de Expropiación (LE), el Código Fiscal de la Federación (CFF), la Ley General de Bienes Nacionales (LGBN) y las demás disposiciones aplicables, tomando en consideración, además, los valores de mercado (Artículo 12 de la LFRPE).

<sup>36</sup> Armienta Calderón, Gonzalo y Armienta Hernández, Gonzalo, *Justicia Fiscal y Administrativa. Una visión procesal*, México, Porrúa, 2010, p. 155.

<sup>37</sup> Vieito Ferreiro, Mabel y Monti, Laura, “Terminación del proceso administrativo” en Cassagne, Juan Carlos (director), *Tratado general de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª. ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, t. II, pp. 79 y 80.

<sup>38</sup> Cfr. Artículo 4º de la LFRPE.

<sup>39</sup> En términos tributarios, entendemos la actualización a partir de lo dispuesto por el Artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación (CFF), el cual señala textualmente:

El monto de las contribuciones, aprovechamientos, así como de las devoluciones a cargo del fisco federal, se actualizará por el transcurso del tiempo y con motivo de los cambios de precios en el país, para lo cual se aplicará el factor de actualización a las cantidades que se deban actualizar. Dicho factor se obtendrá dividiendo el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes anterior al más reciente del periodo entre el citado índice correspondiente al mes anterior al más antiguo de dicho periodo. Las contribuciones, los aprovechamientos, así como las devoluciones a cargo del fisco federal, no se actualizarán por fracciones de mes.

En los casos en que el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes anterior al más reciente del periodo, no haya sido publicado por el Banco de México, la actualización de que se trate se realizará aplicando el último índice mensual publicado.

Los valores de bienes u operaciones se actualizarán de acuerdo con lo dispuesto por este artículo, cuando las leyes fiscales así lo establezcan. Las disposiciones señalarán en cada caso el periodo de que se trate.

Para el caso de los daños personales, la indemnización se basará en los dictámenes médicos correspondientes en términos de la Ley Federal del Trabajo (LFT), teniendo además derecho a que se le cubran todos los gastos médicos que hubiese erogado [Artículo 14, fracción I, incisos a) y b), de la LFRPE].

Para el daño moral, el monto de la indemnización se calculará de acuerdo a los criterios establecidos por el Código Civil Federal (CCF), tomando en consideración los dictámenes periciales correspondientes. Se establece como tope 20,000 veces el salario mínimo diario general vigente<sup>40</sup> para el Distrito Federal<sup>41</sup> (Artículo 14, fracción II, de la LFRPE). En caso de muerte, la indemnización para los deudos se calculará conforme a las reglas del Artículo 1915<sup>42</sup>.

Ya habíamos señalado con anterioridad que el boletín de prensa emitido por la Sala Superior del TJJA señala que los montos a indemnizar están reservados en términos de la LGT, por tanto no es posible exponer la forma en que fueron desglosados en la sentencia del expediente de Jacinta Francisco Marcial, así que nos hemos limitado a exponer lo regulado por la Ley.

---

<sup>40</sup> [N. del E.] De conformidad con el Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2016, a partir de su entrada en vigor (el día siguiente a su publicación), las citaciones al salario mínimo como unidad de cuenta, base, medida o referencia para cuantificar las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales y de las entidades federativas de la República, o en cualquier disposición que dimanase de las anteriores, se entenderán hechas a la Unidad de Medida y Actualización (UMA), cuyo valor es determinado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

<sup>41</sup> [N. del E.] De acuerdo con el Artículo Décimo Cuarto Transitorio del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016, por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México, las referencias que se hagan al Distrito Federal contenidas en la Constitución y demás ordenamientos jurídicos, deberán entenderse hechas ahora a la Ciudad de México.

<sup>42</sup> Dicho numeral señala literalmente:

Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte, la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.

Por otra parte, no deja de ser notorio que, en la sentencia, se condena también a la PGR a pedir disculpas públicas por su actuar en este caso.

Finalmente, mucho se ha discutido sobre la ejecución de las sentencias del Tribunal, y se ha criticado que no existen mecanismos reales para exigir el cumplimiento de las mismas<sup>43</sup>, sin embargo, existen recursos procesales dentro del propio contencioso como es el recurso de queja, e incluso, se puede acudir al amparo indirecto ante el juez de distrito en materia administrativa para buscar la coacción del cumplimiento de la sentencia, pero no viene al caso en este documento adentrarnos sobre este particular.

## **VI. CONCLUSIONES**

A propósito del caso de Jacinta Francisco Marcial, nos ha parecido oportuno introducirnos al tema de la sentencia condenatoria en el contencioso administrativo mexicano y esto nos permite hacer algunas reflexiones al respecto.

Primero que nada, aunque la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado no es nueva, también es cierto que es una institución que todavía no ha dejado suficientes precedentes y jurisprudencia como para entender en la práctica todos sus alcances.

Por otra parte, no obstante que la PGR siempre ha estado contemplada como sujeto de responsabilidad patrimonial, la realidad es que se cuentan con muy pocos antecedentes al respecto y sobre todo, sobre casos relativamente pequeños y poco mediáticos. Sin embargo, el asunto de Jacinta Francisco Marcial ha cobrado una dimensión de notoriedad en la materia.

Nos parece que el hecho de que el TFJA conozca de casos de responsabilidad patrimonial en relación a la actividad administrativa irregular de la PGR nos dejará un precedente de obligada referencia para la materia.

Por supuesto, el hecho de que los actos de esta Procuraduría sean objeto de esta responsabilidad no hace más que abonar al Estado de Derecho y permitir que sus abusos sean corregidos y sancionados, de tal forma que será un paso más en la consecución de ese Estado de Derecho tan deseado.

---

<sup>43</sup> Cfr. Margáin Manautou, Emilio, *op. cit.*

## VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliográficas

- ARGAÑARÁS, Manuel J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Lex, 1988.
- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo y ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *Justicia Fiscal y Administrativa. Una visión procesal*, México, Porrúa, 2010.
- CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado general de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª. ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, t. II.
- BÉJAR RIVERA, Luis José, *El acto administrativo y su finalidad*, México, Porrúa-UP, 2010.
- DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Bienes y derechos reales*, 7ª. ed., México, Porrúa, 2014.
- DELPIAZZO, Carlos E., *Estudios sobre la responsabilidad de la Administración*, Universidad de Montevideo, 2009.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso administrativo*, 2ª. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Martha María del Carmen (coord.), *Derechos humanos. Perspectivas y retos*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, 10ª. ed., México, Porrúa, 2008.
- MARGÁIN MANAUTOU, Emilio, *De lo contencioso administrativo. De anulación o de ilegitimidad*, 13ª. ed., México, Porrúa, 2006.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. IV.
- MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1999.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, Madrid, lustel, 2005.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, BÉJAR RIVERA, Luis José y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, México, FIDA-UP-Espress, 2014, t. 1.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, VÁZQUEZ IRIZARRY, William y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (coords.), *Contenciosos administrativos en Iberoamérica*, Universidad de Puerto Rico, 2015, t. 1.
- SILVA TAMAYO, Gustavo E., *Desviación de poder y abuso del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, 2006.

## 2. Hemerográficas

*El Universal*, <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2014/impreso/cronologia-el-caso-jacinta-francisco-marcial-215930.html>.

*Semanario Judicial de la Federación*, [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMUsSj29gyrcjWbWMcqc1Z\\_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8\\_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4\\_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFCi6rg89tZmXfh\\_jUNa9haiOuido5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMUsSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFCi6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuido5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/tesis.aspx).

*Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, <http://www.tfja.gob.mx/index.php/component/content/article?id=2570>.

## 3. Legislación

*Código Civil Federal.*

*Código Civil para el Distrito Federal.*

*Código Fiscal de la Federación.*

*Código Penal Federal.*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Ley Federal de Procedimiento Administrativo.*

*Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.*

*Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.*

*Ley General de Transparencia.*

*Ley General de Víctimas.*

*Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.*

*Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.*



## LA CULPA EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Sandra Marlene CORNEJO ZAVALETA<sup>1</sup>

Alejandro ORRICO GÁLVEZ<sup>2</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Los orígenes del régimen en el Derecho Civil.* III. *Adaptación de la responsabilidad civil extracontractual al Derecho Administrativo.* IV. *La culpa en el régimen objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado.* V. *Conclusión.* VI. *Fuentes de información.*

### RESUMEN

El régimen de responsabilidad extracontractual del Estado se basa en el principio de objetividad, lo que en sí mismo excluye a la culpa como elemento configurativo de dicha institución.

Con motivo de ello, el presente trabajo tiene el objetivo de analizar cómo se ha regulado dicha separación, desde los orígenes del régimen y verificar si se cuenta, a nivel federal, con un sistema libre de subjetividad.

### PALABRAS CLAVE

Responsabilidad extracontractual. Culpa. Riesgo. Sistema objetivo y sistema subjetivo.

### ABSTRACT

The State's legal obligation to compensate individuals for the damages it generates is based on the risk implicit in their own actions, excluding the illegality of their actions

In this paper we analyze the separation of illegality from the State obligation to indemnify, from its origins and verify if the Federal system is free of subjectivity.

### KEY WORDS

Noncontractual liability. Guilt. Risk. Objective system and subjective system.

### I. INTRODUCCIÓN

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado se sustenta en la obligación de responder, de manera objetiva y directa, por los daños que cause, fuera de una relación contractual, en los bienes o derechos de los particulares, siempre que haya sido consecuencia

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestra en Derecho Administrativo y Fiscal, por la Barra Nacional de Abogados. Docente de la materia la Empresa y sus Contribuciones, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>2</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Fiscal. Maestro en Derecho Administrativo y en Ciencias Jurídicas, así como Doctor en Derecho, por la Universidad Panamericana, campus México. Candidato a investigador del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Miembro del claustro de Doctores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y miembro asociado del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

de su actividad administrativa irregular<sup>3</sup>, es decir, cuando se cause un daño que los particulares no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate<sup>4</sup>.

Con base en estos preceptos, la obligación indemnizatoria estatal responde al riesgo creado o implícito en el ejercicio de sus atribuciones, excluyendo la culpa de sus elementos configurativos, entendiéndose por esta la derivada de una conducta ilegal o contraria a las buenas costumbres.

Lo anterior, permite que el particular sea indemnizado de los daños que sufra, aun siendo consecuencia de una conducta apegada o no a derecho y a las buenas costumbres, siempre y cuando no se tenga la obligación jurídica de soportar dicho daño.

Sin perjuicio de lo anterior, es una realidad que por situaciones de hecho, la culpa pudiera encontrarse presente en los daños a los particulares, motivo por el cual, en el presente trabajo se buscará desentrañar las implicaciones que su existencia tiene para el régimen, así como confirmar si efectivamente se cuenta con un régimen objetivo de responsabilidad estatal, para lo que se tomarán en consideración diversos aspectos de esta institución, como sus orígenes en el Derecho Civil, su adaptación al Derecho Administrativo y las disposiciones vigentes de la materia.

## II. LOS ORÍGENES DEL RÉGIMEN EN EL DERECHO CIVIL

La responsabilidad patrimonial del Estado tiene su origen en la responsabilidad civil extracontractual, así, para tener un contexto completo de la institución, es importante tener presentes los puntos más trascendentes de los dos sistemas del Derecho Civil sobre los cuales se edifica:

- a) El subjetivo o por culpa, sea por hecho propio o por hecho de terceros (responsabilidad subsidiaria)<sup>5</sup>, y
- b) El objetivo o por riesgo creado por el uso de cosas o mecanismos peligrosos.

El primero se prevé en el Artículo 1910 del Código Civil Federal (CCF)<sup>6</sup>, que señala: "Quien obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

---

<sup>3</sup> Obligación prevista en el último párrafo del Artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>4</sup> Segundo párrafo, del Artículo 1º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004.

<sup>5</sup> *Cfr.* Aguilar Gutiérrez, Antonio y Derbez Muro, Julio, *Panorama de la legislación civil*, México, Instituto de Derecho Comparado-UNAM, 1960, p. 83.

<sup>6</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, en cuatro partes, los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.



En base a esto, el particular debe responder de su conducta culposa, es decir, del incumplimiento de sus obligaciones legales o de las buenas costumbres mediante la indemnización a quien resulta víctima del detrimento<sup>7</sup>. Ejemplos de este sistema se encuentran en los daños ocasionados a una persona cuando no se cumplieron las disposiciones de higiene para preparar alimentos, atender enfermos, preparar quirófanos, o incluso cuando se producen y lanzan al mercado aparatos electrodomésticos que no se adaptan a las normas oficiales mexicanas que garantizan condiciones de seguridad<sup>8</sup>.

El fundamento de este primer sistema es el acto nocivo causado sin derecho o, si se prefiere, todo acto que implique una culpa, aun la más ligera, la cual se constituye a partir de los elementos siguientes:

- a) Un acto (de comisión o de omisión);
- b) Imputable al demandado;
- c) Dañoso para el demandante; e
- d) Ilícito, es decir causado sin derecho, intencionalmente, por imprudencia o negligencia<sup>9</sup>.

El segundo de los sistemas es el objetivo o por riesgo, se prevé en el Artículo 1913 del Código Civil Federal, que establece:

Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Esto implica que el daño originado con motivo de una conducta peligrosa en sí misma debe ser indemnizado por el riesgo implícito en esta, sin importar si se actuó o no con culpa, es decir, resultando intrascendente si el daño fue o no consecuencia de la contravención a disposiciones legales o las buenas costumbres. Algunos ejemplos se encuentran en los daños que se ocasionan por la conducción de automóviles, o las consecuencias dañosas a terceros por el uso de armas de fuego en ejercicio de la caza, aun y cuando el uso de estas herramientas se hubiera ajustado a las disposiciones legales en la materia.

Este sistema nace a finales del siglo XIX al hacerse notar las limitaciones propias de la responsabilidad exclusivamente basada en la culpa, por un lado, derivado del conside-

---

<sup>7</sup> Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 9ª. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 557 y 558.

<sup>8</sup> Cfr. O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Responsabilidad civil. Cuestiones generales y su efecto reparador*, Madrid, La Ley, 2010, p. 19.

<sup>9</sup> Cfr. Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 20ª. ed., México, Porrúa, 2006, p. 356.

rable desarrollo del maquinismo, como fuente inagotable de riesgos y siniestros, y por la otra, la irrupción de una mentalidad colectiva más identificada con el designio de indemnizar a las víctimas, que con el de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien los produce<sup>10</sup>.

A diferencia del sistema basado en la culpa, en la responsabilidad objetiva el hecho jurídico no produce la transgresión a una norma o el incumplimiento de un deber, sino que el agente de la conducta creadora del riesgo obra lícitamente de acuerdo a sus necesidades, siendo de justicia que al materializarse el daño a un tercero se repare<sup>11</sup>, ello en virtud del riesgo que conllevaba a la sociedad el uso de ese mecanismo o la realización de una conducta peligrosa.

Para concluir con el análisis de estos sistemas de responsabilidad civil extracontractual, cabe hacer mención al Artículo 1914 del Código Civil Federal, que establece: "Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el Artículo anterior (1913), y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización".

De este precepto legal se desprende que fuera de los sistemas en análisis (por culpa o por riesgo), no se podrá acceder a una indemnización por daños ocasionados por particulares.

### **III. ADAPTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Antes de entrar al estudio de cómo fue adaptada la responsabilidad patrimonial del Estado al Derecho Administrativo, cabe señalar que esta se regulaba originariamente en los propios ordenamientos de carácter civil, teniendo como antecedente más próximo al Artículo 1927 del Código Civil Federal, vigente hasta 2004.

En dicha disposición, se preveía que el Estado respondía de manera subjetiva, solidaria y subsidiaria<sup>12</sup>, de los daños ocasionados por sus servidores públicos, lo cual implicaba que el administrado debía probar la culpa (ilegalidad) en la conducta dañosa del servidor público, y que el pago de la indemnización la realizaría el Estado una vez que, tras un largo

<sup>10</sup> Cfr. Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, *Tratado de responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2008, t. I, pp. 127 y 128.

<sup>11</sup> Cfr. De la Peza Muñoz Cano, José Luis, *De las obligaciones*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 81 y 82.

<sup>12</sup> En términos del CCF esta responsabilidad era solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que solo podía hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tuviera bienes, o los que tuviera, no fueran suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos. Cfr. Castellanos Malo, Eugenio, "Responsabilidad patrimonial del Estado", en AA.VV., *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a los LXX años de la Ley de Justicia Fiscal, Recursos administrativos, juicio contencioso administrativo y responsabilidad patrimonial del Estado y de los servidores públicos*, México, TFJA, 2006, t. III, p. 439.

proceso civil, se declarara la insolvencia del empleado público que la ocasionó. Respecto de este sistema, Eugenio Castellanos Malo señala: “El sistema de responsabilidad subsidiaria, dejaba en virtual estado de indefensión al administrado, ante el problema de la demostración de los extremos de la culpabilidad del funcionario causante de los daños, y de la posterior comprobación de su insolvencia económica”<sup>13</sup>.

Derivado de la falta de eficiencia y eficacia de dicho sistema, tanto por la dificultad de cobrar el monto de la indemnización en virtud de la subsidiaridad existente en el orden de cobro, como por la dificultad de probar y acreditar la ilegalidad de la conducta de los servidores públicos, lo cual representaba una clara dificultad para la víctima, sobre todo respecto de los diversos aspectos técnicos que lleva a cabo el Estado en el ejercicio de sus atribuciones y que requieren de análisis especializados en la materia, los que, en un importante número de casos, rebasan los conocimientos y alcances de la población en general<sup>14</sup>, se motivó la reforma al sistema, para tomar como base la objetividad o riesgo creado en la conducta estatal, para determinar su obligación de indemnizar y eliminando a la subjetividad o culpa de dicho régimen.

De esta manera, esta institución fue eliminada del orden civil, para transformarla en una nueva de carácter administrativo, mediante su inclusión a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la emisión de su legislación especial.

En el orden constitucional, se garantiza el derecho de los particulares a la integridad patrimonial en el actual Artículo 109, último párrafo, que establece a la letra: “... La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

Este nuevo sistema, elimina las deficiencias de su antecesor, no solamente al prescindir de la culpa, sino también porque el Estado responde de manera directa del monto de la indemnización, sin gozar de los beneficios de orden y exclusión<sup>15</sup>.

Se trata de un nuevo régimen que adapta diversas instituciones del orden civil, particularmente en los puntos siguientes:

---

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Cfr.* Tesis 2a. XCVII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 1102.

<sup>15</sup> *Cfr.* Moguel Caballero, Miguel, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2006, pp. 192 y 193.

La responsabilidad directa se basa en la obligación del Estado de proveer servicios públicos y no como simple cobertura de la responsabilidad patrimonial de sus agentes, en este punto cabe recalcar que la administración cuenta con la acción de regreso para poder resarcirse de lo pagado, cuando se haya demostrado la efectiva responsabilidad del agente a su servicio. *Cfr.* Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado –Análisis doctrinal y jurisprudencial comparado. Propuesta legislativa en México–* 2ª. ed., México, Porrúa, 2000, p. 403.

a) El daño, entendido como detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia, en los derechos y/o patrimonio de un individuo, debe darse en la relación del Estado con el particular, en la que el primero es el causante y el segundo el ofendido.

La inclusión del Estado en este primer elemento, no resulta una mera trivialidad, pues al acompañarse de la aplicabilidad de los principios del Derecho Administrativo, se modifica substancialmente la institución original del Derecho Civil, como se verá en los incisos siguientes.

b) En cuanto a la conducta dañosa, al igual que en la responsabilidad civil extracontractual, el sujeto dañoso (que siempre es el Estado), debe responder por sus acciones u omisiones, cuando generen un daño.

Esta conducta puede darse respecto de las conductas formalmente administrativas con independencia del organismo estatal involucrado en la misma, ya sea el Ejecutivo, Legislativo, Judicial u organismos a los que la Constitución les otorga autonomía.

c) En la relación de causalidad, entendida como el vínculo existente entre el daño y la conducta que lo generó, se debe tener presencia del Estado, ya sea de manera exclusiva o en conjunto con otras causas<sup>16</sup>.

En este último caso, la indemnización debe repartirse en la proporción en que los involucrados intervinieron en la realización del daño; de esta manera, si existe concurrencia con la propia víctima o de un tercero, basta minorar proporcionalmente la cuantía de la indemnización a cargo del Estado<sup>17</sup>.

d) Finalmente la objetividad, último de los elementos de la responsabilidad estatal, es el que mayor modificación tuvo respecto de la regulación del Derecho Civil, pues si bien se sigue con la obligación de responder de los daños por el riesgo implícito en la conducta estatal, al adaptarse a los principios del Derecho Administrativo, no es preciso responder de todo daño, sino solo de aquel que el particular no tiene la obligación jurídica de soportar.

Esto ya que el Estado, para cumplir con su fin último de satisfacer las aspiraciones colectivas y permanentes de la comunidad<sup>18</sup>, cuenta con atribuciones para imponer a sus administrados la obligación de, en algunos casos, soportar daños que su actuación pueda generar<sup>19</sup>, ejemplos de ello se encuentran en el establecimiento de contribuciones proporcionales, equitativas y destinadas al gasto público, así como en la imposición de sanciones debidamente fundadas y motivadas.

<sup>16</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 5ª ed., Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 553.

<sup>17</sup> Cfr. Rebollo, Martín, *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Madrid, Lustel, 2005, p. 94.

<sup>18</sup> Cfr. Gamba Ladino, Julio César, "Responsabilidad del Estado legislador," *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, número 238, t. LII, 2002, p. 51.

<sup>19</sup> Cfr. Gamba Ladino, Julio César, *ibidem*, pp. 60 y 61.

Esta implicación en la objetividad de la responsabilidad se resume en el término actividad administrativa irregular previsto en el texto constitucional, fundamento del régimen, el cual no implica establecer aspectos de subjetividad o culpabilidad, ya que es inherente al concepto de patrimonio dañado –dato objetivo– y no a la conducta ilícita, irregular o ilegítima que produce el daño<sup>20</sup>.

Con motivo de ello, como lo señala Luis José Béjar Rivera, es factible que el Estado responda de los daños ocasionados por su conducta legal y/o ilegal, siempre y cuando el particular no tenga la obligación de soportar el daño:

... debemos entender que la responsabilidad patrimonial del Estado, en sus términos actuales, no está vinculada a la ilegalidad de los actos de autoridad, es decir, la obligación de reparar un daño o perjuicio causado por actividad administrativa irregular, no está condicionada a la nulidad de la misma, esto porque aun así, es factible pensar que el sujeto activo, la administración, puede llegar a lesionar el patrimonio o derechos de los administrados son una justificación legal que así lo autorice, no obstante que su actuación no se considere ilegal<sup>21</sup>.

Con base en lo anterior, hablar de responsabilidad patrimonial del Estado implica que a pesar de que el servicio se ha prestado de manera inmaculada, es decir, cuando existe un accionar legítimo, pero se presenta un perjuicio que la víctima no está obligado a soportar, se debe indemnizar, pues esta obligación compensatoria se apoya en la igualdad ante las cargas públicas<sup>22</sup>.

#### **IV. LA CULPA EN EL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO**

Con base en lo señalado en el apartado precedente, la culpa, entendida como conductas contrarias a derecho o las buenas costumbres, no es un factor a considerar en la determinación de la responsabilidad estatal extracontractual, resultando por tanto irrelevante la intención del servidor público, la voluntad que lo lleva a actuar en un determinado sentido, la diligencia o la negligencia que acompañó la actuación en el daño generado<sup>23</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es un hecho que la mencionada conducta culposa del servidor público pudiera encontrarse presente en el hecho dañoso, por lo cual, para que

---

<sup>20</sup> Cfr. Castro Estrada, Álvaro, "Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 8, enero-junio 2003, p. 223.

<sup>21</sup> "Apuntes sobre la responsabilidad patrimonial del Estado", *Ars Iuris*, México, número 42, 2009, p. 312.

<sup>22</sup> Cfr. Botassi, Carlos, "Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Perú, número 67, 2011, p. 485.

<sup>23</sup> Cfr. De Ahumada Ramos, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, elementos estructurales, lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 3ª. ed., Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, p. 207.

sea respetada la objetividad del régimen, tanto la ilegalidad o las conductas contrarias a las buenas costumbres en las conductas lesivas, no deben ser un aspecto constitutivo del análisis del juzgador, sino que el objeto del estudio debe constituirse en la irregularidad del daño, constituido en la obligación jurídica de soportarlo por parte del particular, en donde, de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimarlo, resultaría procedente su indemnización<sup>24</sup>.

De esta manera, de encontrarse presente la culpa debe estimarse como parte del elemento de causalidad entre el daño y el sujeto que lo ocasionó<sup>25</sup>, no siendo necesario que el particular pruebe la culpa de un agente del Estado en particular, sino la actuación irregular de la dependencia demandada<sup>26</sup>.

Al respecto, Pablo Esteban Perrino señala:

... se trata de responsabilidad de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del funcionario para que aquella se configure. La culpa o dolo del funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del sistema del aparato administrativo. De ahí que se diga como en Francia, la falta de servicio puede ser anónima e impersonal, pues no es preciso individualizar a su autor<sup>27</sup>.

En este orden de ideas, sin perjuicio de que la lesión imputable a la Administración a veces exija que el comportamiento administrativo haya sido culpable o que sea necesario demostrar o tener racionalmente por cierta una negligencia de la Administración<sup>28</sup>, la responsabilidad por culpa no puede darse en entes abstractos como lo es el Estado, quien con

---

<sup>24</sup> “De acuerdo con lo anterior, lo mejor hubiese sido que la versión de la adición al segundo párrafo del Artículo 113 constitucional que se aprobó por el constituyente permanente –o poder revisor de la Constitución–, como se ha dicho en el inciso anterior, no hiciese referencia expresa a la actividad administrativa irregular, como único supuesto de la responsabilidad del Estado por daños que se causen en los bienes o derechos de los particulares. Sin embargo, debe considerarse también que la adición constitucional aprobada se refiere expresamente a que la responsabilidad del Estado será ‘objetiva y directa’. Esta calificación que hace la reforma constitucional aprobada y publicada en el Diario Oficial es toral y lleva a una obligada interpretación consistente en considerar a la actividad administrativa irregular como inherente al concepto de patrimonio dañado –dato objetivo– y no a la conducta ilícita, irregular o ilegítima que produce el daño, ya que de asociar la irregularidad al concepto de conducta y no al de daño, llevaría inexorablemente a una responsabilidad de carácter subjetiva, en lugar de objetiva, como reza la reforma constitucional respectiva”; Castro Estrada, Álvaro, “Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana”, *op. cit.*, p. 223.

<sup>25</sup> *Cfr.* Rebollo, Martín, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

<sup>26</sup> Tesis 1a. CLXXI/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 820.

<sup>27</sup> “La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho argentino”, p. 438, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/La%20responsabilidad%20extracontractual%20del%20Estado%20ppor%20actividad...PEP1.pdf>, consultado el 7 de marzo de 2015.

<sup>28</sup> *Cfr.* De Ahumada Ramos, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 218.



su conducta crea riesgos y por ello debe indemnizarse en un sistema objetivo, en el cual responda de los daños indebidos causados por sus servidores públicos, ya sea que estos sean ilegales o no<sup>29</sup>.

En este sentido, para acreditar la responsabilidad, el administrado se encuentra obligado a demostrar la existencia del daño y la relación causa-efecto entre la lesión patrimonial y la acción administrativa que la produjo, pudiendo aún prescindirse, según los casos, de la individualización del agente<sup>30</sup>.

Por su parte, el ente estatal debe acreditar de manera fehaciente la obligación jurídica del particular de soportar el daño, no la legalidad en su actuación, ello acorde con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, en atención a la dificultad que representa para el afectado probar la actividad administrativa irregular del Estado, sobre todo respecto de los diversos aspectos técnicos que lleva a cabo la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones y que requieren de análisis especializados en la materia, los que, en un importante número de casos, rebasa los conocimientos y alcances de la población en general<sup>31</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

En concordancia con los derechos a la integridad personal, corporal y patrimonial de los particulares, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado ha eliminado la culpa o ilegalidad en la actuación de los servidores públicos como elemento configurativo de la obligación indemnizatoria, cuando aquellos sufren daños y perjuicios derivados de la actividad estatal.

Con motivo de ello, puede afirmarse que estamos en presencia de un sistema de responsabilidad patrimonial completamente objetivo, a partir del cual el particular puede ser indemnizado de daños y perjuicios, aun cuando sean consecuencia de una acción legal y apegada a las buenas costumbres, pero condicionado a que no se tenga la obligación jurídica de soportarlo.

Esto último, es un elemento vinculado a los principios del Derecho Administrativo, que permiten al Estado alcanzar sus fines de bienestar colectivo y cumplir sus funciones

<sup>29</sup> Mediante la responsabilidad objetiva se debe responder en dos ámbitos: i) la responsabilidad por el hecho de las cosas y ii) la responsabilidad por el hecho ajeno; esto implica que la persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el que cause por la actuación de las personas por las que debe responder, o de las cosas que permanezcan bajo su custodia. *Cfr.* Chabas, Francois, "La evolución de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho francés," en Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005), Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación, (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 761 a 767.

<sup>30</sup> *Cfr.* Ghersi, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 361 y 362.

<sup>31</sup> *Cfr.* Tesis 2a. XCVII/2014 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 1102.

de orden público, a partir de los que se pudieran ocasionar daños que deben ser jurídicamente soportados por la población, sin que conlleve la inclusión de aspectos subjetivos al régimen.

Lo anterior, es concordante con el hecho de que el Estado es un ente abstracto y, por tanto, no puede actuar con culpa, ya que esta, en su caso, es de sus representantes (los servidores públicos) respecto de los cuales debe responder de sus acciones y omisiones.

Asimismo, se advierte que, aun cuando el daño se haya ocasionado como consecuencia de una acción ilegal o contraria a las buenas costumbres, esto no resulta trascendente para el régimen, pues si bien estos elementos se encuentran presentes, los mismos son irrelevantes en su configuración, pues en términos del propio ordenamiento constitucional, lo que se debe valorar es, si el particular tenía o no la obligación de soportar el daño, sin importar la legalidad o ilegalidad de la conducta dañosa.



## VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

- AA.VV., *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a los LXX años de la Ley de Justicia Fiscal, Recursos administrativos, juicio contencioso administrativo y responsabilidad patrimonial del Estado y de los servidores públicos*, México, TFJA, 2006, t. III.
- AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio, y DERBEZ MURO, Julio, *Panorama de la legislación civil*, México, Instituto de Derecho Comparado-UNAM, 1960.
- BÉJAR, Luis José, "Apuntes sobre la responsabilidad patrimonial del Estado", *Ars Iuris*, México, número 42, 2009.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 20ª. ed., México, Porrúa, 2006.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro, "Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 8, enero-junio de 2003.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado –Análisis doctrinal y jurisprudencial comparado. Propuesta legislativa en México–*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2000.
- DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, elementos estructurales, lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 3ª. ed., Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.
- DE LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis, *De las obligaciones*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2011.
- GAMBA LADINO, Julio César, "Responsabilidad del Estado legislador", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, número 238, t. LII, 2002.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 5ª ed., Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 9ª. ed., México, Porrúa, 1993.
- GÚZMAN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005), Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- MOGUEL CABALLERO, Miguel, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2006.

O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Responsabilidad civil. Cuestiones generales y su efecto reparador*, Madrid, La Ley, 2010.

REBOLLO, Martín, *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Madrid, Iustel, 2005.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, *Tratado de responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2008 t. I.

## 2. Legislación

*Código Civil Federal.*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.*

## 3. Sitios de Internet

[www.cassagne.com.ar](http://www.cassagne.com.ar).

[www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx).

## **LOS OBSTÁCULOS PRESUPUESTARIOS EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO AL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO. A PROPÓSITO DEL DERECHO HUMANO A UNA JUSTICIA PRONTA, COMPLETA Y JUSTA**

Óscar NAVA ESCUDERO<sup>1</sup>

### **SUMARIO**

I. *Introducción.* II. *Los tratados internacionales como parte del Derecho Positivo mexicano y la obligación del Estado mexicano de proteger y garantizar los derechos humanos.* III. *Tutela judicial efectiva: la prontitud en las resoluciones y su plena ejecución.* IV. *A manera de conclusión.* V. *Fuentes de información.*

### **RESUMEN**

El presente trabajo estudia la dificultad presupuestaria que representa para los jueces, ejecutar una sentencia firme que condene al Estado al pago de una cantidad en dinero, y las consecuencias por falta de pago que en materia de derechos humanos conlleva. Se centra, por lo tanto, en los aspectos presupuestarios previstos en la ley de la materia y cómo estos influyen decisivamente en el retraso del cumplimiento del pago. Finalmente, se hacen algunas propuestas conceptuales y de reforma a la Constitución Política.

### **PALABRAS CLAVE**

Presupuesto. Gasto público. Derechos humanos. Ejecución de sentencia. Tutela judicial efectiva. Bienes del Estado.

### **ABSTRACT**

The present paper studies the budget difficulty representing for the judges to enforce a judgment condemning the State to the payment of a sum of money, and the consequences that this entails in terms of human rights. Focuses, therefore, on the expected budgetary aspects in the law on the matter and such they have a decisive influence on the delay of the fulfillment of the payment. Finally, some conceptual and reform proposals are made to the Political Constitution.

### **KEY WORDS**

Budget. Public expenditure. Human rights. Enforcement of judgment. Effective judicial protection. State property.

---

<sup>1</sup> Doctor y Maestro en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad Complutense de Madrid, España con especialidad en Derecho Presupuestario. Distinguido por el sínodo doctoral con la medalla "*Cum Laude*" por el trabajo de tesis y la defensa de la misma. Autor de los libros: *El Estado deudor frente a sus acreedores*, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda de España en 2006; y *Derecho Presupuestario Mexicano*, editado por Porrúa en 2014. Exprofesor de la División de Estudios de Posgrado de la UNAM y del Tecnológico de Monterrey. Autor de diferentes artículos publicados en México, Argentina y España. Codirector del Seminario Internacional de Presupuestos Públicos y Derechos Humanos, 2016. Asesor jurídico en materia presupuestaria y gasto público.

## I. INTRODUCCIÓN

Una vez que la sentencia de amparo haya condenado al Estado a pagar al particular una determinada cantidad de dinero, el procedimiento presupuestario previsto en la normatividad de la materia para dotar de recursos a la partida con la cual el ente público gubernamental hará frente a su responsabilidad, mantiene ciertas reglas que permiten al Estado deudor demorar dicho pago. Aunado a lo anterior, a pesar de lo previsto en la fracción XVI del Artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), los jueces no cuentan con mecanismos suficientes en la ley para hacer cumplir al Estado en caso de que este retrase el cumplimiento de pago exigido por la sentencia de amparo que le condena, pues la fracción señalada confiere a la autoridad responsable un plazo de cumplimiento, ampliable a otro tanto a solicitud de la misma, provocando con ello un ostensible retraso en la impartición de justicia y cuyo valor protegido es la rapidez con la que esta se concede. Al respecto, la doctrina mexicana ha sido contundente al respecto, “aunque suene aventurado, el ordenamiento jurídico no pone en manos de los tribunales de amparo ningún medio o instrumento efectivo para satisfacer el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias de amparo”. Las sentencias que condenan al Estado al pago de una suma de dinero “son cumplidas por los ejecutores de gasto si quieren, cuando quieren y como quieren”<sup>2</sup>, tengan o no fondos económicos para hacer frente a dicha resolución.

Los privilegios con los que cuenta el Estado, adicionalmente, impiden a los jueces el embargo de sus bienes o de las cuentas bancarias en donde los ejecutores de gasto aglomeran sus recursos, o el embargo directo a la Tesorería de la Federación. De esta forma, los jueces, cuya primordial responsabilidad es la de hacer ejecutar sus sentencias, se enfrentan a un poderoso binomio utilizado por el Estado para evadir el cumplimiento económico de dichas sentencias de manera pronta, completa y justa: la legalidad presupuestaria y la inembargabilidad de sus bienes.

Este diferimiento del pago que la ley presupuestaria otorga al Estado deudor, conlleva a que la ejecución de las sentencias de amparo en México, sea lenta y a veces incompleta, violando con ello los derechos previstos en el Artículo 17 de la CPEUM que establece que las personas tienen derecho a que se les administre justicia por tribunales que emitan sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; asimismo, dicho mecanismo presupuestario propicia la violación al Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, (en lo sucesivo Convención Americana) que establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por nuestra Carta Federal.

---

<sup>2</sup> Cfr. Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, Marcial Pons-UNAM, 2008, tomo V, pp. 246 y ss.

## II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO PARTE DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO Y LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO MEXICANO DE PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS

La reforma constitucional en materia de derechos humanos en México de 2011, supuso un giro trascendental en el sistema constitucional mexicano que puso en el centro de su organización a los derechos humanos. Asimismo, integró al derecho positivo mexicano los tratados internacionales de los cuales forma parte México, a efecto de reconocer y proteger de la manera más amplia los derechos humanos de los mexicanos<sup>3</sup>.

Esta nueva obligación constitucional, implica para el Estado mexicano la utilización eficiente de recursos públicos que deben emplearse en el resguardo de los derechos humanos, pues la puesta en práctica de estos no puede quedarse como una declaración de buenas intenciones del gobierno. El aparato gubernamental debe activar todos sus recursos, incluidos los económicos, para custodiarlos, pero también y muy importante, para reestablecerlos en caso de una violación a los mismos.

Por lo tanto, la dotación de dinero público, a través del fortalecimiento de las instituciones, de la creación y mejoramiento de tribunales, de la capacitación de servidores públicos, entre otros tantos, es de suma trascendencia en la atención de los derechos humanos, ya que sin acciones de índole económica, difícilmente se podrá cumplir con el mandato constitucional previsto en el Artículo 1º de la CPEUM. El Estado mexicano no puede argumentar falta de dinero público para dejar de atender una situación que proteja o vulnere los derechos de los ciudadanos. El Artículo señalado establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En con-

---

<sup>3</sup> Para los aspectos relacionados con el estudio de los derechos humanos, *cfr.* principalmente las siguientes dos obras: Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México. Análisis y comentarios a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*, México, Porrúa, 2015, y Carbonell, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, 2ª ed., México, Porrúa, 2015.

secuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...

Conforme al texto constitucional, las personas no solo gozarán de las prerrogativas previstas en el texto constitucional, sino también de las derivadas de los tratados internacionales de los que México sea parte, ampliando con ello los derechos las personas. De esta forma, los tratados internacionales se incorporan al derecho positivo como una normatividad de obligatoria aplicación para el Estado Mexicano. En palabras de Carbonell, los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por México son Constitución. Al respecto, el Pleno de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), al resolver la contracción de tesis 293/2011, reconoció expresamente la integración de un conjunto normativo de máxima jerarquía, constituido por los derechos humanos provenientes tanto de fuente interna o constitucional, como externa o convencional<sup>4</sup>.

Ahora bien, todas estas obligaciones de hacer o no hacer, suponen para el Estado la necesidad de dedicar recursos públicos a dicho fin, bien que ya estén previstos en el presupuesto que se ejecuta o proveerlos para el siguiente ejercicio fiscal a efecto de no desatender las contingencias derivadas de la violación de los derechos humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así lo reconoce. Al respecto, establece el apartado 2.1:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La SCJN también ha sido muy clara respecto de la carga económica que significa para el Estado, pero a la vez reconoce su carácter imprescindible para atender la protección de los derechos humanos. Vale la pena citar el siguiente criterio que se refiere al derecho a la educación:

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, por lo que dentro de esas obligaciones, en cumplimiento al derecho a la educación, reside la facultad otorgada al Congreso

---

<sup>4</sup> DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL, Tesis P./J. 20/2014 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

de la Unión para expedir las leyes necesarias destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, así como fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que incumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas y a todos aquellos que las infrinjan. *Así, existe una obligación del Estado de verificar la correcta aplicación de los recursos destinados para el cumplimiento del derecho humano a la educación*, de la cual se advierte el carácter del Estado como sujeto obligado y comprometido a través de instrumentos internacionales, al cumplimiento de los fines educativos...<sup>5</sup>

Conforme a lo anterior se concluye que el nuevo escenario jurídico de respeto y protección de los derechos humanos en México, supone para el Estado mexicano, entre otras acciones, suministrar los recursos públicos suficientes para su atención.

### **III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: LA PRONTITUD EN LAS RESOLUCIONES Y SU PLENA EJECUCIÓN**

Los párrafos segundo y sexto del Artículo 17 de la CPEUM, exigen que la administración de justicia sea rápida y que las sentencias de los jueces y tribunales se ejecuten plenamente<sup>6</sup>.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones...<sup>7</sup>

El Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, del Poder Judicial de la Federación, interpretó el alcance del Artículo 17 citado de la siguiente forma:

<sup>5</sup> DERECHO A LA EDUCACIÓN. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE FISCALIZACIÓN PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD, Tesis 1a. CLXXVIII/2015 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, t. I, mayo 2015, p. 427.

<sup>6</sup> Así también lo determina el Artículo 192 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley de Amparo): "*Las ejecutorias de amparo deben ser puntualmente cumplidas...*"

<sup>7</sup> Aunque las prescripciones establecidas en el Artículo 8 de la Convención Americana (derecho de toda persona a un recurso efectivo ante tribunales nacionales competentes) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho de toda persona a ser juzgada sin dilaciones indebidas) se refieren a materia penal como también lo hace nuestro Artículo 17 constitucional. El Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación en México ha resuelto que dichos derechos no solo son aplicables a la materia penal sino también a otras materias: RESCISIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA DE PETRÓLEOS MEXICANOS Y ORGANISMOS SUBSIDIARIOS. EN LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PARA DETERMINARLA, AQUÉLLOS GOZAN DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA Y DERECHO DE DEFENSA, Tesis XXXI.5 L (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, t. 2, febrero de 2013, 1504.



La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 124, de rubro: GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES, definió la garantía a la tutela como "... *el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión...*" Por otra parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica 1969)... establece el compromiso de los Estados Partes a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. De lo anterior se advierte que el Estado Mexicano ha reconocido el acceso a la justicia como un derecho fundamental; sin embargo, para que éste realmente se concrete en la esfera jurídica de los gobernados, es necesario precisar que se manifiesta en dos aspectos complementarios: uno formal y otro material. *El aspecto formal del acceso a la justicia se refiere a la obligación de las autoridades de dar respuesta de manera pronta, completa, imparcial y gratuita a las solicitudes de los particulares (partes en un procedimiento) respetando las formalidades del procedimiento...*

Por su parte, *el aspecto material del derecho de acceso a la justicia, complementa al primero, pues se refiere a la obligación de la autoridad de hacer cumplir sus resoluciones y, especialmente, cuando se trata de una sentencia definitiva o laudo que ha sido favorable a los intereses de alguna de las partes. Por tanto, no es posible sostener que se respeta el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, aunque se dé respuesta al justiciable en los términos de ley, si no se atiende al aspecto material o subgarantía de "ejecución de resoluciones" o de "justicia cumplida", que otorga a los gobernados el derecho a que los fallos dictados por las autoridades jurisdiccionales se notifiquen y cumplan cabalmente, ya que, de otra manera, la prerrogativa constitucional y convencional primeramente indicada, tendría sólo carácter adjetivo o procesal*<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SE RESPETA EN LA MEDIDA EN QUE SE ATIENDEN LOS ASPECTOS FORMAL Y MATERIAL EN QUE SE MANIFIESTA, Tesis XXXI.4 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1105.

Por su parte, el Artículo 25 de la Convención Americana, referente a la protección judicial establece que: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución...*”

En este orden de ideas, las resoluciones de los jueces y tribunales no solo deben ser rápidas, completas e imparciales como dice el artículo constitucional señalado y la Convención Americana, sino que también el juez o tribunal debe ejecutar sus resoluciones, es decir, debe obligar a la autoridad responsable a cumplir con lo que la resolución establece. De no ser así se entenderá violado el derecho fundamental establecido en el Artículo 17 antes transcrito.

La justicia debe otorgarse rápidamente, sin dilaciones, de lo contrario se entenderá como la denegación de la misma; lo que en términos anglosajones se prescribe como: *A delayed justice is a denied justice*. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede concebirse como un derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela judicial, que asiste a todos los sujetos del Derecho Privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando con él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias<sup>9</sup>.

La doctrina mexicana, por su parte, ha dicho claramente, que el derecho a una tutela judicial efectiva según lo prevé nuestro Artículo 17 constitucional, surte sus efectos en tres momentos distintos: primero, el acceso a la jurisdicción, que significa evitar que se obstaculice el acceso a los órganos jurisdiccionales e impedir que se conozca una pretensión por parte de los órganos jurisdiccionales; segundo, en el proceso mismo, que implica que una vez logrado el acceso, se debe asegurar se siga un proceso que permita que el actor plantee sus pretensiones y el demandado se defienda y, además, que se obtenga una solución en un plazo razonable y, tercero, eficacia de la resolución, es decir, que una vez que se dicte la sentencia, haya una plena ejecución de esta<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 137.

<sup>10</sup> Acúdase a Hallivis Pelayo, Manuel L., “Evolución y perspectivas del contencioso administrativo en México. Tecnología y tutela jurisdiccional”; Nava Negrete, Alfonso, *Administración Pública Contemporánea. Derecho, política y justicia*, México, Porrúa, Facultad de Derecho UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. III, p. 183. Asimismo, consúltese la tesis aislada, DERECHO FUNDAMENTAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DEFINICIÓN Y ALCANCE, Tesis I.3o. C 71 K (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, t. III, mayo de 2015, p. 2157.

### 1. *Primer obstáculo: el principio de legalidad presupuestaria*

El principio de legalidad presupuestaria, previsto en el Artículo 126 de la CPEUM, exige que los ejecutores de gasto no realicen pago alguno si no es mediante el Presupuesto de Egresos o mediante ley posterior: “No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior”. Esto significa que solo a través de estos dos medios el Estado puede disponer del dinero público, ya sea a través de obligaciones voluntarias o legales/contractuales. De lo contrario, es decir, de realizar un gasto sin sustento en estas dos únicas vías supondría la realización de un acto administrativo de disposición de gasto ilegal. Por tanto, las fuentes jurídicas del gasto público en México son la ley y el Presupuesto de Egresos. El Estado, *ergo*, no puede gastar dinero público si no se encuentra autorizado por estas dos únicas instancias.

¿Qué pasa con las sentencias firmes que condenan al Estado al pago de una suma de dinero? No obstante que nuestra Carta Magna no las reconoce expresamente como fuente jurídica de gasto público, en mi opinión, estas también debieran ser consideradas como tal, máxime cuando se trata de la observancia de un derecho humano, independientemente de que la previsión legal para dotar créditos presupuestarios para hacer frente a este gasto venga o no estipulada en la ley o en el Presupuesto de Egresos.

Como el principio de legalidad presupuestaria solo prevé esas dos alternativas para generar y autorizar gasto público, el Estado se cobija en dicho principio (no tengo dinero para pagar) para no dotar inmediatamente de un crédito presupuestario que haga frente al pago de la sentencia de amparo firme. De esta forma, el principio de legalidad presupuestaria pasa de ser un principio rector y garantista del ejercicio del gasto público a ser un instrumento al servicio del Estado para evadir sus obligaciones dinerarias.

Dictada la sentencia condenatoria del Estado al pago de una cantidad de recursos, la legislación mexicana contempla dos vías para satisfacerla presupuestariamente. El régimen general y el régimen derivado de la responsabilidad patrimonial del Estado.

#### A. *El régimen general*

El Artículo 47 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (en lo sucesivo LFPRH) establece:

Los ejecutores de gasto, con cargo a sus respectivos presupuestos y de conformidad con las disposiciones generales aplicables, deberán cubrir las contribuciones federales, estatales y municipales correspondientes, así como las *obligaciones de cualquier índole que se deriven de resoluciones definitivas emitidas por autoridad competente*.

Las *ajustes presupuestarios* que, en su caso, sean necesarias para el pago de las obligaciones a que se refiere la parte final del párrafo anterior, *no podrán afectar*

*el cumplimiento de los objetivos y las metas de los programas prioritarios aprobados en el Presupuesto de Egresos.*

Las dependencias y entidades que no puedan cubrir la totalidad de las obligaciones conforme a lo previsto en el párrafo anterior, presentarán ante la autoridad competente *un programa de cumplimiento de pago* que deberá ser considerado para todos los efectos legales en vía de ejecución respecto de la resolución que se hubiese emitido, con la finalidad de cubrir las obligaciones *hasta por un monto que no afecte los objetivos y metas de los programas prioritarios*, sin perjuicio de que el resto de la obligación deberá pagarse en los ejercicios fiscales subsecuentes conforme a dicho programa...

Desde la simple lectura del Artículo transcrito, se traslucen las facilidades que la ley otorga al Estado para el cumplimiento del pago de sus obligaciones derivadas de resoluciones firmes. El análisis es el siguiente:

- Para las obligaciones “*de cualquier índole*” no existe en el Presupuesto de Egresos un fondo con recursos públicos como sucede en otros países para afrontar estos gastos<sup>11</sup>. Tampoco se exige contar con una partida presupuestaria para acometer tal obligación. Cosa diferente sucede con la responsabilidad patrimonial en la que sí se exige la dotación de dinero a una partida según se verá.

Asimismo, la ley presupuestaria mexicana auspicia lo que la doctrina internacional conoce como el principio de autotutela o autoejecución administrativa de sentencias condenatorias del Estado<sup>12</sup>. Este principio permite que sea la misma autoridad la que dé cumplimiento a la sentencia que le condena, por tanto no se permite la ejecución forzosa cuyo cumplimiento se realiza aún en contra de la voluntad del condenado.

- Es la misma autoridad administrativa condenada quien deberá realizar o, en su caso, solicitar autorización para llevar a cabo la adecuación a su Presupuesto para hacer frente a este pago. Es ella misma la que en todo caso debe activar el mecanismo presupuestario de la adecuación.

---

<sup>11</sup> El Artículo 50 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria española, prevé un Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria cuya principal misión es hacer frente a necesidades inaplazables, de carácter no discrecional para las que no se hiciera en todo o en parte la adecuada dotación de crédito. Esto significa que el dinero depositado en el fondo (un 2 por 100 del total de gastos para operaciones no financieras) es susceptible de ser utilizado para atender gastos derivados de una sentencia condenatoria a las Administraciones Públicas españolas, no obstante, la autorización para realizar dicha operación recae en el acuerdo que al respecto emita el Consejo de Ministros, por tanto, la dotación de dinero para tal causa depende de la voluntad del mismo ejecutado.

<sup>12</sup> Vease García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª. ed., Madrid, Civitas, 2006, tomo I, pp. 51, 52 y 512.

Pero esas adecuaciones presupuestarias, dice la ley, no deben afectar el cumplimiento de objetivos y metas de programas prioritarios. Ante la falta de la determinación exacta de lo que debe entenderse por un programa prioritario, basta que el ejecutor de gasto condenado alegue que la adecuación referida afecta el cumplimiento de alguno de sus programas para excusarse del pago de la sentencia. Es cierto, por otro lado, que no sería conveniente que por realizar dicha adecuación el ejecutor de gasto dejara sin fondos un programa de repercusión social como los de educación y que inciden directamente en la población; pero hay que subrayar que quien incumplió fue la autoridad administrativa condenada y la responsabilidad del cumplimiento de la sentencia condenatoria no debiera perjudicar a la población, sino que debiera castigar al ejecutor de gasto que se niega a cumplir –o a retrasar– con el veredicto del juez o tribunal.

- Si aún realizadas las correspondientes adecuaciones presupuestarias y estas no fuesen suficientes para afrontar el pago, la ley permite que el ejecutor de gasto presente ante la autoridad competente un programa de cumplimiento de pago con la finalidad de cubrir las obligaciones hasta por un monto que no afecte los objetivos y metas de los programas prioritarios, debiéndose pagar el resto de la obligación en los ejercicios fiscales subsecuentes. Este programa, entonces, sirve para fraccionar el pago durante el ejercicio fiscal correspondiente y en los subsecuentes, sin que dichos pagos tampoco afecten metas y objetivos en los ejercicios futuros.

De esta forma, mientras el ejecutor de gasto no presente ese programa, no se podrán pagar dichas obligaciones. Y mientras la autoridad administrativa alegue que dichos pagos afectan sus programas prioritarios, inclusive en los ejercicios futuros, la obligación de pago puede retrasarse varios años.

Todas las modalidades o límites de cumplimiento revisados evidencian lo difícil que supone para el particular que su pago se realice con prontitud como exige el Artículo 17 constitucional y el Artículo 25 la Convención Americana, pero además denota que la ley presupuestaria otorga muchas facilidades al ejecutor de gasto para resolver el cumplimiento de sus obligaciones, pero ninguna para resguardar los derechos humanos del particular afectado.

#### *B. Régimen de responsabilidad patrimonial del Estado*

El último párrafo del Artículo 109 de la CPEUM establece el régimen general de la responsabilidad patrimonial del Estado: "... La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes".

Para el pago derivado de responsabilidad patrimonial del Estado, el Artículo Transitorio Único de la reforma constitucional de 14 de junio de 2002 y la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, de 31 de diciembre de 2004, establecen un procedimiento presupuestario *ad hoc* coincidente en algunos aspectos al régimen general que arriba se desarrolló, pero que difiere en otros pues la indemnización está sujeta a ciertos “límites” que alteran no solo el límite cuantitativo sino también el cualitativo del pago indemnizatorio del afectado. El precepto mencionado establece en la parte respectiva:

... La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el periodo comprendido entre la publicación del presente Decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, *así como para incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial.*

La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes: a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización, y b) *El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate...*

A diferencia del régimen general antes expuesto, en el caso del pago por responsabilidad patrimonial del Estado, se exige que en el plazo que ahí se establece, la Federación, las entidades federativas y los municipios realicen las modificaciones pertinentes para que incluyan en sus respectivos presupuestos una partida específica –no un fondo presupuestario– para hacer frente a este tipo de gasto.

La anterior regla debe sujetarse, dice el inciso b) del Artículo Único Transitorio, a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate; en consecuencia si no existe dinero en la partida presupuestaria correspondiente, no podrá hacerse el pago como lo exige el Artículo 126 constitucional. Según entiendo, el hecho de que se exija la inclusión de una partida presupuestaria *ad hoc* en el respectivo Presupuesto, no implica que a dicha partida se le dote obligadamente de dinero para pagar las indemnizaciones, en razón de que esa dotación depende de la disponibilidad presupuestaria. Es suficiente para el ente público, por tanto, esgrimir que no cuenta con recursos para incluirlos en dicha partida para que en ese ejercicio fiscal no se pague la indemnización respectiva. Para el particular ofendido le es imposible conocer si en el presupuesto del ente infractor realmente se va a incluir dinero en la partida para pagarle, ya que se trata de un procedimiento interno del gobierno.

La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, por su parte, agrega otras limitaciones y modalidades.



El pago por la indemnización a parcialidades deberá sujetarse al “*comportamiento del ingreso-gasto*” (Artículo 11, inciso f, numeral 3). Es decir, ¿el comportamiento financiero del Estado, puede limitar el legítimo derecho humano del afectado a recibir su indemnización? Esta regla se sustenta en un criterio sumamente subjetivo y altamente perturbador: ¿Quién decide que el comportamiento ingreso-gasto del país no es óptimo para pagar las obligaciones del Estado derivadas de una decisión judicial? La misma estructura administrativa condenada. En mi opinión, esto debiera reformarse, pues con el nuevo régimen constitucional a partir de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, el derecho humano a recibir una indemnización justa, no debe condicionarse al comportamiento de las finanzas públicas cuando ni siquiera este puede considerarse como un valor “protegible” en nuestra Carta Federal.

El Artículo 6° de la ley en comento, fija un monto máximo que los proyectos de presupuestos de los entes públicos pueden contener para el pago derivado de la responsabilidad patrimonial del Estado: “... La suma total de los recursos comprendidos en los respectivos presupuestos aprobados de los entes públicos federales, no podrá exceder del equivalente al 0.3 al millar del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal correspondiente”. Si bien dicho límite pretende proteger a la Hacienda Pública de grandes erogaciones de dinero público con motivo de su responsabilidad patrimonial, por otro lado, no hay evidencias prácticas de que el monto de una sentencia de estas características pueda vulnerar la estabilidad de la hacienda de un país. El Dictamen de la Cámara de Diputados (9 de diciembre de 2004) previo a la aprobación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, justificó dicho límite argumentando lo siguiente: “De lo contrario se podrían presentar abusos por parte de los administrados que, obviamente, repercutirían en las finanzas públicas y desvirtuarían la finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado”.

Desde mi punto de vista, es inconstitucional establecer un límite a los recursos que deban pagarse por este concepto, ¿acaso la impartición de justicia debe sujetarse a una determinada suma de dinero? Hay que insistir que es el Estado el infractor y que debe responsabilizarse por ello; en todo caso, si el Estado es temeroso de que las acciones de sus servidores públicos lo puedan llevar a realizar un gasto que hipotéticamente afecte sus finanzas, habrá que seguir a Pérez López quien dice con toda razón: “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”<sup>13</sup>. En todo caso, la legislación mexicana contempla el derecho de repetición del Estado contra sus servidores públicos que le causen algún perjuicio en su patrimonio. Si el Estado quie-

---

<sup>13</sup> Cfr. Pérez López, Miguel, “La responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, núm. 2, 2010, p. 6.



re evitar pagar por su responsabilidad patrimonial, tendrá que capacitar a sus servidores públicos y erradicar y perseguir a los que son corruptos. Pero el particular no tiene porqué soportar esa actuación irregular del Estado.

Es inconstitucional, a su vez, porque el establecimiento de un porcentaje como límite al pago de sentencias condenatorias también estaría violando el derecho humano a la propiedad privada según se prevé en el Artículo 21, apartado 2, de la Convención Americana que a la letra señala: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley". La indemnización justa no es un derecho humano como tal, pero es la garantía de la protección del derecho humano a la propiedad privada. Si el Estado con base en la legislación paga tarde, pero además de forma injusta, por tener que ceñirse al límite establecido en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial, no hay duda de la vulneración de los Artículos 17 de la CPEUM; 2º y 21 de la Convención Americana.

En una tesis aislada, la SCJN interpreta que la ley no debe fijar límites y porcentajes para el pago de la responsabilidad patrimonial, sino que debe hacerlo el juez: "*Una indemnización no es justa cuando se le limita con topes o tarifas, cuando en lugar de ser el juez quien la cuantifique con base en criterios de razonabilidad, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y su realidad. Sólo el juez, que conoce las particularidades del caso, puede cuantificar la indemnización con justicia y equidad*"<sup>14</sup>.

En este mismo sentido ya se han pronunciado diversos tribunales. El criterio del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, entró a valorar el alcance de la palabra "límites" establecida en una ley local de responsabilidad patrimonial del Estado, concluyendo que debido a que esa ley estableció un monto máximo al cual sujetar la indemnización por los daños que generara la actividad administrativa irregular del Estado, y que la CPEUM también establece la palabra "límites" causando duda sobre el alcance de la misma, resolvió que la interpretación sobre dicho precepto tendría que ser en sentido amplio para así atender a lo establecido en el Artículo 21, apartado 2 de la Convención Americana, por lo que:

Ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa, sin que estuviera limitada por montos máximos en los parámetros de restitución. Luego, si por justa debemos entender que las personas afectadas en sus derechos reciban un pago acorde al daño causado, al armonizar estos aspectos, *se concluye que la Constitución Federal y la mencionada convención son*

---

<sup>14</sup> DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE, Tesis 1a./J. 31/2017 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, t. I, abril de 2017, p. 502.

*coincidentes en cuanto a que la indemnización debe ser justa, cuestión que no se logra con el establecimiento en la referida ley local de un monto máximo como tope de indemnización, pues no permite al juzgador realizar una ponderación a fin de determinar la indemnización que corresponda al caso concreto*<sup>15</sup>.

Tenemos entonces, por dos vías, la violación a los derechos humanos de las personas en cuanto a aspectos presupuestarios se refiere. Por un lado, la lentitud en la ejecución de la sentencia de amparo por aspectos procedimentales de pago, la cual estaría violando el Artículo 17 constitucional y 25 de la Convención Americana, y por otro lado en la responsabilidad patrimonial del Estado, el límite o porcentaje previsto en la ley para el pago de la indemnización justa a que tiene derecho el afectado, vulnerando los Artículos 2° y 21 de la Convención Americana.

## *2. Segundo obstáculo: la imposibilidad de embargar bienes del Estado mexicano*

Otro de los obstáculos con los que colisionan los jueces y tribunales a efecto de hacer ejecutar sus sentencias, es la imposibilidad de embargar bienes al Estado o de embargar sus cuentas públicas. La inembargabilidad de los bienes del Estado es uno de los privilegios con los que cuenta el mismo derivado de su *imperium*. Así, "visto como un fuerte obstáculo para el cumplimiento de las sentencias condenatorias de la Administración, el principio de legalidad presupuestaria y los privilegios o prerrogativas que la Administración ostenta, resultan un malogrado binomio en el cual la Administración se cobija para incumplir con sus obligaciones..."<sup>16</sup>.

Hoy en día (y desde hace algunas décadas) se alzan diversas voces que demandan la terminación de dichos privilegios, sobre todo el que se refiere a la inembargabilidad de los bienes patrimoniales del Estado<sup>17</sup>. Es clarificadora la frase que al respecto enuncia el profesor español García de Enterría, quien desde los años ochenta ha considerado al principio de inembargabilidad de los bienes del Estado como un "asombroso fósil medie-

---

<sup>15</sup> RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 11, FRACCIÓN III, DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE UN MONTO MÁXIMO COMO LÍMITE AL QUE DEBERÁ SUJETARSE LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS QUE GENERE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR, Tesis III. 4o. (III Región) 4 A (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro IV, t. 5, enero de 2012, 4610.

<sup>16</sup> Cfr. Nava Escudero, Oscar, *El Estado deudor frente a sus acreedores. (La exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública)*, Madrid, IEF-Ministerio de Economía y Hacienda, 2006, p. 218.

<sup>17</sup> Entre otros, Sánchez Serrano, Luis, *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1997, t. I, p. 485; Gimeno Sendra, José Vicente, "Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo* (en adelante REDA), Madrid, núm. 27, 1980, p. 575; y Sainz Moreno, Fernando, "Bienes de las entidades locales", Muñoz Machado, Santiago (director), *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, Civitas, 1998, vol. II, p. 1593.

val viviente fuera de su medio”<sup>18</sup>, o una rémora de la justicia administrativa como lo ha nombrado Ballesteros Moffa<sup>19</sup>.

En México, el Artículo 4º del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuya redacción original se conserva desde el año de su expedición (24 de febrero de 1943), salvaguarda el *imperium* del Estado:

Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; *pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo*, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes. Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones...

Desgranando este artículo, en un primer instante, nos advierte que el Estado tiene dentro del procedimiento judicial, la misma situación “*que otra parte cualquiera*”; es decir que el Estado y los particulares que se relacionan obligacionalmente se encuentran, judicialmente, en un mismo plano de igualdad<sup>20</sup>. No obstante, a pesar de lo contundente de la primera parte, esta se subordina o se ve condicionada a la segunda que prohíbe que contra el Estado se dicte en su contra “*mandamiento de ejecución ni providencia de embargo*”.

Lo ordenado en el Código señalado concatena con lo establecido en el Artículo 13 de la Ley General de Bienes Nacionales (20 de mayo de 2004) que a la letra dispone:

Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son *inalienables, imprescriptibles e inembargables* y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros”. Son inaliena-

---

<sup>18</sup> García de Enterría, Eduardo, “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración”; *REDA*, Madrid, núm. 52, 1986, p. 489; ídem, “Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas”; *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 209, 1987, p. 13.

<sup>19</sup> Ballesteros Moffa, Luis Ángel, “Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa”; en Chinchilla Marín, Carmen (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2004, p. 231.

<sup>20</sup> Así lo profesaba el insigne jurista Antonio Carrillo Flores, tratando de suavizar la posición de superioridad en la que se encontraba el Estado: “Los Códigos Federales de Procedimientos, de 1897, de 1908, de 1942, han concedido a la Federación ciertos privilegios: no poder ser embargada, o condenada en costas, ni estar obligada a entrar a concursos y tal vez algunos más; pero, salvo esos privilegios y otros que consigna la Ley General de Bienes Nacionales, la Federación, en su capacidad como persona moral susceptible de derechos y obligaciones regidos por la legislación civil y mercantil, está colocada casi en situación de igualdad con los particulares”. Véase “La responsabilidad del Estado en México”, Conferencia leída en la Escuela Libre de Derecho el 8 de marzo de 1976 y publicada en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año I, núm. 1, 1997, p. 12.

bles porque no se pueden enajenar (vender, permutar, donar) por el gobierno federal; son imprescriptibles porque ningún particular podrá adquirir tales bienes por medio de la prescripción, es decir por el solo transcurso del tiempo de posesión de los mismos; y son inembargables “pues aceptarlo sería a la vez admitir que son adquiribles en remate<sup>21</sup>.

En relación con el Artículo 4° citado, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, del Poder Judicial de la Federación, mediante una tesis aislada, también se ha pronunciado en favor del privilegio del Estado, pero dejando a salvo el derecho subjetivo del particular a través del ejercicio del juicio de amparo en contra de la negativa de la autoridad a acatar el fallo:

Conforme a lo establecido por el precepto citado, *no podrá dictarse en contra de las dependencias de la administración pública de la Federación y de las entidades federativas* (que tienen dentro del procedimiento judicial la misma situación que cualquier otra parte), *mandamiento de ejecución, ni providencia de embargo...*

...

Sin embargo, conforme al párrafo segundo de ese mismo precepto legal, es obligación de la autoridad correspondiente cumplimentar las resoluciones pronunciadas en contra de dichas entidades gubernamentales, de acuerdo con sus atribuciones, por lo que en cada caso concreto se deberá determinar quién es esa autoridad para que cumplimente el fallo pronunciado, debiendo para ello atenderse a las atribuciones y facultades con las cuales se encuentra investida, *y en caso de que la referida autoridad se niegue a dar debido cumplimiento a la sentencia pronunciada en contra de la entidad correspondiente, procede en su contra el juicio de amparo, pues de lo contrario se estaría transgrediendo el artículo 17 constitucional en perjuicio de la persona que obtuvo sentencia favorable*, habida cuenta que la impartición de justicia no únicamente se puede limitar a que los tribunales resuelvan las controversias que se susciten entre las partes en conflicto, sino que una vez que se diriman mediante la emisión de una sentencia, ésta se debe hacer efectiva en contra de la persona que fue condenada, para lo cual las diversas disposiciones aplicables, como es la que se estudia, deben establecer los medios necesarios para poderla ejecutar...<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Nava Negrete, Alfonso, *Derecho Administrativo Mexicano*, 3ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 381.

<sup>22</sup> SENTENCIAS. FORMA DE LOGRAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS DICTADAS CONTRA DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA FEDERACIÓN Y DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS, A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 4o. DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, Tesis I.5o.C.94 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p.1679.

También es relevante la siguiente jurisprudencia de la segunda sala de la SCJN sobre el mismo Artículo 4º:

La excepción al principio de igualdad procesal consagrado en el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Civiles a favor de las dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas al disponer que nunca podrá dictarse en su contra mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, *no significa la posibilidad de incumplimiento a una sentencia condenatoria por parte de los órganos estatales, sino que parte de que la entidad estatal cumplirá voluntariamente*, por lo que es innecesario acudir a la vía de apremio, lo que así se señala en el segundo párrafo de dicho precepto, al establecer que las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones. Sin embargo, *en caso de que tal cumplimiento voluntario no se dé, dicha omisión constituye un acto de autoridad que puede combatirse en el juicio de amparo*, pues se surten las condiciones para considerar al ente estatal como autoridad en virtud de que: a) Se encuentra colocado en un plano de desigualdad frente al particular, atendiendo precisamente a su calidad de órgano del Estado, pues se le otorga el privilegio de no ser sujeto a ejecución forzosa; b) Tal prerrogativa deriva de la ley, pues ésta responde al cumplimiento voluntario del órgano estatal; c) El uso indebido de ese beneficio implica transgredir la obligación legal de cumplimiento voluntario y afecta la esfera legal del particular porque le impide obtener la prestación que demandó en el juicio en que se dictó sentencia a su favor; y d) La actitud contumaz de la autoridad coloca al particular en estado de indefensión ante la imposibilidad de lograr por las vías ordinarias la justicia que mandata el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...<sup>23</sup>

Como puede apreciarse, en el sistema jurídico mexicano se deja a la buena fe de la Administración deudora el cumplimiento de la obligación derivada de una sentencia condenatoria, lo cual como ya se ha mencionado es reprobable, pues en la mayoría de las ocasiones la Administración no cumple voluntariamente.

Es importante señalar que no obstante que la reciente Ley de Amparo, perfeccionó el régimen de multas con la posibilidad de remitir al tribunal correspondiente un expediente que puede culminar con la separación del puesto de la autoridad responsable o de su superior jerárquico, y/o la consignación de estos cuando incumplen con una sentencia

---

<sup>23</sup> DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL O DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. LA OMISIÓN EN DAR CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN UN JUICIO EN EL QUE FIGURARON COMO DEMANDADAS, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL AMPARO (ARTÍCULO 4o. DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES) Tesis 2a./J. 85/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 448.

ejecutoriada, el Artículo 107, fracción XVI de la CPEUM, reformado el 6 de junio de 2011<sup>24</sup>, y la misma Ley de Amparo (Artículo 192) siguen manteniendo la opción para la autoridad responsable de justificar el incumplimiento de su sentencia, pudiéndosele otorgar un plazo razonable para el cumplimiento, ampliable a otro tanto más a solicitud de la autoridad.

El término “plazo razonable”, como parte de uno de los elementos del debido proceso, atiende a cuatro parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que son: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y, d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Conforme a esto, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en una tesis aislada<sup>25</sup> ha dicho que para precisar el “plazo razonable” en la resolución de los asuntos debe atenderse al caso particular y ponderar los elementos descritos:

Conforme a criterios de normalidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, para emitir un juicio sobre si en el caso concreto se ha incurrido en una dilación o retardo injustificado, ya que una demora prolongada, sin justificación, puede constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales contenidas tanto en los aludidos artículos como en el numeral 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que el concepto de “plazo razonable” debe concebirse como uno de los derechos mínimos de los justiciables y, correlativamente, como uno de los deberes más intensos del juzgador, y no se vincula a una cuestión meramente cuantitativa, sino fundamentalmente cualitativa, de modo que el método para determinar el cumplimiento o no por parte del Estado del deber de resolver el conflicto en su jurisdicción en un tiempo razonable, se traduce en un examen de sentido común y sensata apreciación en cada caso concreto...

De lo que se colige que si bien el criterio general es dejar a los mismos juzgadores determinar el plazo razonable, para evitar la dilación indebida protegida por los Artículos 8º de la Convención Americana y 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la autoridad responsable encuentra

---

<sup>24</sup> “... Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumplimiento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el juez de distrito...”

<sup>25</sup> [N. del E.] El criterio referido está contenido en la Tesis I.4º.A.4 k (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, t. 2, diciembre de 2012, pág. 1452, de rubro: PLAZO RAZONABLE PARA RESOLVER. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.



refugio legal en la LFPRH, en la que se prevén diferentes mecanismos presupuestarios para retrasar el cumplimiento de pago y con ello tener una justificación legal para solicitar “plazos razonables”<sup>26</sup>. ¿Cuáles son esas justificaciones para solicitar plazos de cumplimiento? Ya los hemos examinado: puede argumentar que no existe dinero en la partida presupuestaria; que se afectan los programas prioritarios; puede alegar el respecto al principio de legalidad presupuestaria; que el correspondiente pago se encuentra sujeto a disponibilidad presupuestaria; puede solicitar el fraccionamiento de los pagos; puede no incluir el respectivo crédito presupuestario en los programas anuales de cumplimiento ¿*ad infinitum*?

#### IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. *Reformar el Artículo 126 constitucional a efecto de considerar a las sentencias firmes como una fuente jurídica de gasto público*

A la par que la ley y el Presupuesto de Egresos, las sentencias firmes de los jueces y tribunales debieran tener virtud suficiente para generar por sí mismas el crédito presupuestario preciso para dar cumplimiento con la sentencia que condena al Estado al pago de una suma de dinero haya o no recursos económicos previstos para tal fin en las arcas de las autoridades responsables. Dos criterios de la SCJN sustentan lo anterior.

En 2002, el Pleno, en una tesis aislada, considera que la interpretación del Artículo 126 constitucional no debe realizarse de forma aislada, habida cuenta de que:

El precepto constitucional en mención, en lugar de constituir un valladar insuperable para la autoridad responsable, prevé la posibilidad de modificación del presupuesto original para adecuarlo a las necesidades sobrevenidas, es decir, su virtud es la de establecer un remedio para los casos fortuitos, que *le permite solicitar los ajustes presupuestarios necesarios para enfrentar las obligaciones pecuniarias del Estado, gasto que necesaria e ineludiblemente debe autorizarse por tratarse del cumplimiento de un mandato de amparo cuya ejecución es impostergable*. Además, si la autoridad ya tiene autorizado un presupuesto que le permite efectuar un pago, aun cuando no esté previsto específicamente en él, debe realizarlo si con ello da cumpli-

---

<sup>26</sup> La SCJN ha dicho que la imposición de multas a las autoridades responsables en términos del Artículo 193 de la Ley de Amparo, por el retraso en el cumplimiento de las sentencias, debe derivar de evasivas o de la aplicación de procedimientos ilegales de la misma autoridad condenada CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE AMPARO. SUPUESTOS EN LOS CUALES SE ACTUALIZA UN RETRASO CON MOTIVO DE LAS EVASIVAS O PROCEDIMIENTOS ILEGALES DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE Y/O VINCULADA AL CUMPLIMIENTO, QUE JUSTIFICA IMPONER A ÉSTAS UNA MULTA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 193 DE LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013, Tesis P/J. 58/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, noviembre de 2014, p. 11. Pero nos preguntamos si también es posible que dicha imposición de multas, pueda derivarse de un procedimiento legal (presupuestario) pero que retrase significativamente el pago de una cantidad de dinero como el caso que nos ocupa.



miento a un mandato de amparo, pues exclusivamente en esta hipótesis no podría considerarse jurídicamente que vulnerara la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución General de la República, *en razón de que el cumplimiento de las sentencias de amparo no puede quedar condicionado a la determinación de si se aprueba o no una partida presupuestal para hacer frente a la obligación impuesta, dado que la majestad de la Constitución Federal impone categóricamente que aquéllas sean cumplidas inexcusablemente...*<sup>27</sup>

Siguiendo este camino de interpretación en otra tesis aislada<sup>28</sup>, el Pleno de la SCJN ratifica lo expuesto en el criterio que antecede:

La resolución incidental de daños y perjuicios, como cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo, que establece la condena al pago de una cantidad líquida, cierta y determinada, derivada de un procedimiento en el cual se le respetó a la autoridad responsable el derecho procesal de audiencia, *constituye una obligación lisa y llana, cuyo cumplimiento y eficacia no se encuentran condicionados a que la autoridad responsable gestione y obtenga la partida presupuestal destinada específicamente para su pago. Lo anterior es así, en virtud de que existe una responsabilidad del Estado en la satisfacción de los deberes esenciales para restituir al gobernado en el goce de sus garantías individuales violadas, entendida ésta como la obligación ineludible de un órgano del poder público de restituir el perjuicio patrimonial o económico ocasionado a uno de sus gobernados con motivo del indebido ejercicio de la actividad que desempeña, responsabilidad que va más allá de los trámites efectuados para obtener una asignación presupuestaria específica a fin de asumir el pago del débito, pues el cumplimiento de los mandatos de amparo no está sujeto a la voluntad de las autoridades responsables, sino al imperio de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de no ser así, bastaría con que las autoridades obligadas gestionaran debidamente ante las autoridades competentes el otorgamiento de la partida presupuestal correspondiente, para quedar exoneradas de la aplicación de las medidas establecidas en la fracción XVI del artículo 107 de la propia Constitución Federal, aunque aquélla no se otorgara, lo cual permitiría tanto a la autoridad obligada al pago como a aquella que debe autorizar el presupuesto o gasto público de una oficina gubernamental, encontrar un mecanismo para evadir el cumplimiento de una resolución de pago de daños y perjuicios, hasta el grado de que ésta quedara permanentemente*

<sup>27</sup> SENTENCIAS DE AMPARO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 126 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS TRATÁNDOSE DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO DERIVADAS DE SU CUMPLIMIENTO, Tesis P. XIX/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 11.

<sup>28</sup> SENTENCIAS DE AMPARO. EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, COMO CUMPLIMIENTO SUSTITUTO DE AQUÉLLAS, NO ESTÁ CONDICIONADO A QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE GESTIONEY OBTENGA LA PARTIDA PRESUPUESTAL CORRESPONDIENTE, Tesis: P. XIX/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 11.

*incumplida, con mengua del riguroso sistema dispuesto en la Norma Fundamental para el cumplimiento de los mandatos de amparo y de la garantía de administración de justicia pronta y expedita prevista en su artículo 17, a favor del gobernado, quien a través del procedimiento de inejecución de sentencia de amparo debe ser restituido en el pleno goce de sus garantías individuales violadas...*

Estos criterios son una prueba irrefutable de dos cosas: a) que si bien el ejecutor de gasto (administración pública, en suma) debe respetar el principio de legalidad presupuestaria al momento de realizar un acto administrativo que disponga de recursos públicos o en la celebración de un contrato, el uso de dicho principio no debe convertirse en un instrumento al servicio del Estado que impida el cumplimiento de sentencias que le condenan o que le permita retrasar su cumplimiento, y b) que las sentencias condenatorias del Estado al pago de una suma de dinero generan por si mismas el gasto que debe asignarse a la partida presupuestaria que hará frente a dicha obligación haya o no dinero en el correspondiente Presupuesto de Egresos.

Por lo anterior, considero que de una interpretación armónica de los principios constitucionales previstos en los Artículos 1º, 17 y 126, así como de los dos criterios de la SCJN mencionados en concordancia con los Artículos 2º y 26 de la Convención Americana, el acatamiento de sentencias condenatorias del Estado al pago de una cantidad de dinero, deben cumplirse sin ninguna excepción, exista o no dinero el Presupuesto. El Artículo 126 de la Carta General, debiera recoger el sentir de estos criterios jurisdiccionales.

## *2. Repensar la posición privilegiada del Estado frente a sus acreedores*

El cumplimiento de las obligaciones del Estado deben realizarse conforme al Derecho Privado, como si de un particular se tratase, pues de esta forma se despojaría de sus diferentes prerrogativas las cuales impiden que la justicia sea impartida de forma pronta y expedita. Nadie niega que el Estado goza (y debe seguir gozando en ciertos aspectos) de una situación privilegiada frente a los particulares (terminación anticipada y modificación de los contratos públicos, por ejemplo) pero ese imperium no debe dar lugar a vulnerar la ley, ni a vulnerar los derechos humanos de sus acreedores argumentando el respecto al principio de legalidad presupuestaria. En otro lado ya he comentado que "las obligaciones se celebran para cumplirse y que una forma anormal de terminar esa obligación es el incumplimiento, y esto hay que retenerlo en la mente, pues una vez dictado el fallo, la Administración es la única responsable de su incumplimiento, nadie más, y eso trae consecuencias jurídicas que ni la legalidad presupuestaria ni los privilegios de ésta pueden servir como excusa para el impago de su obligación"<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Nava Escudero, Oscar, *El Estado deudor frente a sus acreedores. (La exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública)*, Madrid, IEF-Ministerio de Economía y Hacienda, 2006, p. 218. En el mismo sentido en la doctrina española: Bohoyo Castañar, Francisco, *El principio de legalidad financiera como presupuesto de validez del acto administrativo*, Madrid, IEF, 1986,

### 3. Embargo de bienes

La inembargabilidad de los bienes del Estado, es un privilegio de este cuya permanencia se debilita cada vez más. Es indispensable empezar a alejarse de los pensamientos clásicos ortodoxos que pugnan por una estricta división de poderes en la que el mandamiento de un juez condenando al Estado se considera como una invasión o intromisión de poderes, para pasar a un pensamiento más moderno y acorde con nuestro nuevo régimen constitucional en materia de derechos humanos, en donde el Estado sea responsable y susceptible de verse constreñido por los jueces a que cumpla mediante el despojo de sus privilegios en materia de bienes.

Es cierto por otro lado, que la propuesta no pasa por aceptar la posibilidad de embargar “todos” los bienes del Estado, pues sería inadmisibles el embargo del Palacio Nacional, de un río, de una plaza, de la Ciudad Universitaria o de los recintos permanentes de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Federación (los llamados bienes de uso común y los afectos a la prestación de un servicio público). Se trata por tanto, de abrir la posibilidad a embargar ciertos bienes del Estado que no están afectos a un servicio público o que no son indispensables para el funcionamiento del mismo, por ejemplo las pinturas que cuelgan de los despachos de los servidores públicos, los vehículos de estos, teléfonos celulares asignados al servidor público, computadoras personales, etc.; son los llamados bienes patrimoniales (o bienes propios) del Estado<sup>30</sup>. Aunque también se debe reconocer lo difícil que supone establecer cuáles de los bienes patrimoniales del Estado mencionados no están afectos a la prestación de un servicio público.

### 4. Mandamiento de ejecución de dinero público (embargo de dinero)

Los profesores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen que el órgano responsable del cumplimiento del fallo no podrá admitir, por ser contrario al Artículo 118 de la Constitución española, el argumento de una inexistencia de crédito presupuestario en el caso de condenas patrimoniales o con trascendencia patrimonial, pues los Tribunales podrían expedir válidamente mandamientos de pago vinculantes para la Tesorería, y, por tanto, sobre el Banco de España; si el pago no tuviese respaldo presupuestario o excediese del mismo, el Banco lo contabilizará como “anticipo de tesorería” que, por lo demás, es lógico que lo asuma el Banco de la Administración y

---

p. 194. El Tribunal Constitucional de ese país así lo considera: “*Los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento ni la eximen de cumplir con lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los jueces y Tribunales de medios eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a llevar a cabo las actuaciones necesarias para ello* (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 1983)”

<sup>30</sup> Así también lo propone Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, Marcial Pons-UNAM, 2008, t. V, pp. 254 y 255.

no, como “empréstimo forzoso”, el titular de una ejecutoria judicial que impone un pago específico a la Administración<sup>31</sup>. Esto, concluyen los autores, evita la ineficacia en la ejecución de sentencias.

Las posibilidades de ejecución directa al tesoro público también han sido reconocidas en el Derecho comparado y cuya consecuencia principal ha sido el establecimiento de un mecanismo altamente persuasivo en el que los servidores públicos se abstienen de contratar sin crédito presupuestario.

En Alemania, es posible la ejecución contra créditos o haberes de los bancos nacionales o de los institutos públicos de crédito de las Administraciones Públicas<sup>32</sup>, aunque aquella no puede alcanzar aspectos indispensables para la realización de funciones públicas o cuya enajenación se oponga al interés público. Si se produce una dilación, las autoridades responsables incurrirían en la infracción de un deber oficial, de tal modo que la Administración, si el funcionario resulta culpable, podría quedar sujeta a responsabilidad civil y tendría éste que hacer frente por su parte a la pertinente indemnización<sup>33</sup>.

En Italia ocurre algo semejante. Desde hace tiempo también se puede ejecutar el dinero público a través de un mandamiento de pago directamente al tesoro público italiano. En esta nación el tribunal puede dirigirse al funcionario pagador y constreñirle al pago, incluso sustituyendo su actividad de ordenación de pagos, o proceder a embargar bienes o caudales de la Administración cuyo mantenimiento no afecte al interés público<sup>34</sup>.

En México, la doctrina ha sostenido que dentro de la gama de bienes embargables del Estado, podría incluirse al dinero, que se aparta de la problemática presentada por el resto de los bienes pertenecientes al Estado. El dinero del embargo podría provenir directamente, mediante mandato judicial, de la cuenta de la Tesorería de la Federación y cuya fuente podrían ser las economías presupuestales o los subejercicios en el Presupuesto, según se ha propuesto<sup>35</sup>. La Ley de Amparo podría dar ese salto cualitativo. Los elementos disuasorios de dicha ley (multas, separación del cargo público, consignación penal) van en el sentido correcto, pero a mi parecer son insuficientes porque prevalecen los plazos

---

<sup>31</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, Civitas, 2006, t. II, p. 673.

<sup>32</sup> Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 175.

<sup>33</sup> Cfr. Sala Sánchez, Pascual, Xiol Ríos, J. A., y Fernández Montalvo, Rafael: *Práctica procesal contencioso administrativa (Ejecución de sentencias, Artículos 103 a 113)*, Barcelona, Bosch, 1999, t. VII, p. 53.

<sup>34</sup> *Ibidem*. p. 188, y Chinchilla Marín, Carmen, “La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: *il giudizio di ottemperanza*”, *REDA*, Madrid, núm. 59, 1988, p. 438.

<sup>35</sup> Cfr. Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, Marcial Pons-UNAM, 2008, t. V, p. 255.

“razonables” permitidos en el Artículo 107 constitucional y correlativamente subsiste el habilidoso procedimiento de pago en la LFPRH y en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial que permite a la autoridad responsable dilatar el cumplimiento de la sentencia que le condena al pago de una cantidad de recursos.

Finalmente, habrá que empoderar a los jueces y tribunales para poder llevar a cabo su labor de hacer ejecutar lo juzgado cuando de consecuencias presupuestarias se tratan<sup>36</sup>. Es cierto, por otro lado, que algunas actuaciones de jueces y tribunales nos pueden dispensar asombrosos veredictos, pero es preferible dejar en manos de un juzgador de, efectivamente, hacer ejecutar su sentencia, que dejar el cumplimiento de la misma al arbitrio de la dotación de créditos presupuestarios a cargo de la Administración condena, ya que esta, aun cuando existen elementos disuasorios y sancionatorios en la nueva Ley de Amparo, debe eliminarse la posibilidad para la administración de autoejecutarse a sí misma.

En este contexto, la oportuna protección y reparación de la violación de los derechos humanos en México, en específico el que se refiere a la impartición de justicia pronta, imparcial y completa, pasa necesariamente por cambiar el régimen jurídico presupuestario relativo a la ejecución de las sentencias. De lo contrario, nuestro Artículo 17 constitucional y el correlativo 25 de la Convención Americana seguirán chocando con el impenetrable muro compuesto por el principio de legalidad presupuestaria en contubernio con los añejos y rancios privilegios del Estado mexicano que, de no sortearse, marchitarán poco a poco nuestra incipiente y ya de por sí débil democracia.

---

<sup>36</sup> Hoy en día ya no se puede argumentar que los jueces no pueden tomar decisiones judiciales que tengan efectos presupuestarios, en virtud del respeto al principio de división de poderes, porque como bien sostiene Corti, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, p. 913. “... si el Estado es demandable entonces es ejecutable”.

## V. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, "Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, Marcial Pons-UNAM, 2008, t. V.
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, "Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa", en CHINCHILLA MARÍN, Carmen (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2004.
- BOHOYO CASTAÑAR, Francisco, *El principio de legalidad financiera como presupuesto de validez del acto administrativo*, Madrid, IEF, 1986.
- CARBONELL, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2015.
- CARRILLO FLORES, Antonio, "La responsabilidad del Estado en México", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año I, núm. 1, 1997.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: *il giudizio di ottemperanza*", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 59, 1988.
- CORTI, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª. ed., Madrid, Civitas, 2006, tomo I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 52, 1986.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1998.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, "Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 27, 1980.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel L., "Evolución y perspectivas del contencioso administrativo en México. Tecnología y tutela jurisdiccional", NAVA NEGRETE, Alfonso, *Administración Pública Contemporánea. Derecho, política y justicia*, México, Porrúa, Facultad de Derecho UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. III.
- NAVA ESCUDERO, Óscar, *Derecho Presupuestario Mexicano*, México, Porrúa, 2014.



- NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo Mexicano*, 3ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- NAVA NEGRETE, Alfonso, *El Estado deudor frente a sus acreedores. (La exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública)*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2006.
- PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, núm. 2, 2010.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México. Análisis y comentarios a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*, México, Porrúa, 2015.
- SAINZ MORENO, Fernando, Sainz Moreno, Fernando, "Bienes de las entidades locales"; MUÑOZ MACHADO, Santiago (director), *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, Civitas, 1998, vol. II.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual; XIOL RÍOS, J. A., y FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael, *Práctica procesal contencioso administrativa (Ejecución de sentencias, Artículos 103 a 113)*, Barcelona, Bosch, 1999, t. VII.
- SÁNCHEZ SERRANO, Luis, *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1997, t. I.



## LA PERSPECTIVA DE LAS FINANZAS PÚBLICAS Y LA ADMINISTRACIÓN

Hortencia RODRÍGUEZ SÁNCHEZ<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Finanzas modernas.* IV. *Aspectos de la actividad financiera.* V. *La Secretaría de Hacienda y Crédito Público.* VI. *Marco jurídico.* VII. *La descentralización.* VIII. *Propuesta.* IX. *Conclusiones.* X. *Fuentes de información.*

### RESUMEN

El presente estudio de las finanzas públicas, pretende destacar la propuesta de reforma para la descentralización administrativa federal en el ámbito territorial o si se quiere decir, en la ocupación física de una nueva distribución de la administración central administrativa.

Con la creación de diferentes estructuras del Estado que permitan trasladarse a otras regiones, a fin de que se tenga una participación directa de la población y una apertura del Estado que permita mejorar la calidad de vida de la sociedad; y en consecuencia, se pueda generar la redistribución del empleo.

Provocar la reforma administrativa para saber si se puede generar la redistribución de las Secretarías de Estado que ofrezcan a la población iguales oportunidades de crecimiento y desarrollo económico, todo esto, en completa independencia de los poderes públicos y ajenos a influencias partidistas.

### PALABRAS CLAVES

Finanzas públicas. Descentralización administrativa. Empleo.

### ABSTRACT

The present study of the public finances, it tries to emphasize the proposal of reform for the federal administrative decentralization in the territorial scope or if it is meant, in the physical occupation of a new distribution of the central administrative administration

With the creation of different structures of the State that allow to be transferred to other regions, in order to have a direct participation of the population and an opening of the State that allows to improve the quality of life of the society; And consequently, the redistribution of employment can be generated.

To provoke the administrative reform to know if it is possible to generate the redistribution of the Secretaries of State that offer to the population equal opportunities of growth and economic development, all this, in complete independence of the public powers and foreign to partisan influences.

### KEY WORDS

Public finances. Decentralization administrative. Job.

---

<sup>1</sup> Académica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

## I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que, desde que surge la vida en sociedad, surge también el imperativo de atender las necesidades de orden colectivo, las cuales para ser satisfechas requieren de recursos, no por alguien en particular, sino por la colaboración de todos los miembros de esa colectividad; y así, forjar mayor desarrollo social.

En México se han tratado de explorar nuevas alternativas de crecimiento y desarrollo económico; sin embargo, esa situación no ha resultado sencilla, en virtud de que el avance social y tecnológico de la población ha sido el parámetro que ha generado ciertos cambios, tanto a nivel nacional como internacional.

La evolución financiera y administrativa en el país debe ayudar y acelerar los cambios económicos; para lo cual se requiere que se promuevan y se siga un proceso de desarrollo económico colectivo eficiente.

Ahora bien, el presente estudio de las finanzas públicas en México pretende destacar la propuesta de reforma para la descentralización administrativa federal en el ámbito territorial o, si se quiere decir, en la ocupación física de una nueva distribución de la administración central administrativa; con la creación de diferentes estructuras del Estado que permitan trasladarse a otras regiones, a fin de que se tenga una participación directa de la población y una apertura del Estado, que permita mejorar la calidad de vida de la sociedad; y en consecuencia, se pueda generar la redistribución del empleo.

En este contexto, cómo llegar a cumplir los objetivos de una verdadera descentralización administrativa central y lograr disminuir la pobreza, el desempleo y la marginación, es decir, cómo generar empleo y desarrollo; y en consecuencia, el cambio social que implique un replanteamiento estructural e histórico para igualar las oportunidades sociales, políticas y económicas en la población.

Vale la pena decir, que no es posible provocar esa reforma, sin antes conocer las fortalezas y debilidades del actual sistema de las finanzas públicas, tanto a nivel administrativo como fiscal y presupuestal; en virtud de que se considera que desde estas perspectivas, se puede llegar a saber si de forma eficiente y eficaz la redistribución de las Secretarías de Estado ofrecen a la población iguales oportunidades de crecimiento y desarrollo económico, todo esto, en completa independencia de los poderes públicos y ajenos a influencias partidistas.

Esto es, llegar a conocer si existe disposición del Estado de implementar los mecanismos institucionales y legales adecuados para garantizar que los recursos públicos que se obtengan, se gasten y se distribuyan de la mejor manera.

## II. ANTECEDENTES

Es importante partir de los antecedentes históricos de las finanzas públicas, toda vez que, estas toman el enfoque de cada teoría que surgió en la época clásica (teoría sociológica,

política y financiera); así como, la neoclásica (teoría de los impuestos), y el avance que se ha tenido, a fin de establecer cómo se consideran hoy en día las finanzas públicas modernas.

En este sentido, se presentan varias teorías de las finanzas públicas, que se describen de la siguiente manera:

### 1. *La escuela sociológica de las finanzas*

Sostiene que el Estado representa, en realidad, el resultado de la asunción del poder por un grupo seleccionado de hombres (élite), el que al adquirir fuerza suficiente se adueña del gobierno estatal y lo explota no en beneficio de los gobernados, sino en beneficio propio, extrayendo del pueblo los recursos necesarios para satisfacer sus intereses o caprichos; los servicios públicos no son bienes económicos que benefician al pueblo, sino una simple pantalla para engañar a los ciudadanos<sup>2</sup>.

Se observa que, esta teoría sociológica y política de las finanzas públicas, se presentó en 1890 con Wilfredo Pareto<sup>3</sup>; sin embargo, el transcurso del tiempo no ha impedido que se aplique actualmente en la sociedad mexicana.

### 2. *Teoría sociológica y política*

El alemán Richard Musgrave, al explicar el fenómeno financiero, deriva su teoría de la Ley de Wagner (tesis Musgrave-Wagner); esta estipulaba que el crecimiento del Estado en las sociedades contemporáneas se debía a la reestructuración de la economía y de la sociedad, producto del desarrollo industrial y urbano que genera una creciente demanda de bienes y servicios públicos que se solventa mediante gasto público.

Señala que el elemento común de las teorías sociológica y política es la negación de la asimilación del fenómeno financiero a un problema de valor y también de la aceptación de las decisiones presupuestarias a un común denominador con las decisiones individuales sobre consumos.

Asimismo, describe lo que es la actividad financiera en su esencia y no la de determinar cuáles son los caminos a seguir, a fin de lograr una óptima asignación de los recursos según las apreciaciones individuales.

Es a partir de 1939 que establece su teoría de economía pública, la cual se origina de la premisa en cuanto a que la actividad gubernamental en materia económica debe estar dividida en tres funciones: la primera en la estabilidad de indicadores macroeconómicos

---

<sup>2</sup> Cfr. Borkenau Pareto, Franz, New York, John Wiley & Sons, 1936, p. 18.

<sup>3</sup> Es un economista italiano, que realizó un estudio sobre la riqueza y la pobreza. El análisis de Pareto es una técnica que separa los "pocos vitales" de los "muchos triviales". Una Gráfica Pareto es utilizada para separar gráficamente los aspectos significativos de un problema desde los triviales de manera que un equipo sepa dónde dirigir sus esfuerzos para mejorar. Cfr. Mandelbrot, Benoit. *The (mis) behavior of market: a fractal view of risk, ruin, and reward*, Nueva York, Editor Richard L. Hudson, 2004, Basic Books.

(inflación y desempleo), la segunda en la redistribución equitativa de la renta, y finalmente, la asignación eficiente de recursos. Al hacer esta distinción entre las responsabilidades del gobierno, se reduce el ámbito de investigación sobre la asignación de impuestos<sup>4</sup>.

De esta teoría, se observa que en la actualidad existe gran influencia, en virtud de que esos indicadores se han presentado en la economía del país, de tal forma que existe una fuerte inflación, y qué decir del desempleo, que se ha incrementado considerablemente.

### 3. *Teoría financiera*

Por lo que corresponde a la teoría financiera de Benvenuto Griziotti, el fenómeno financiero es la actividad del Estado tendiente a repartir la carga presupuestaria entre categorías, clases y generaciones de contribuyentes.

Para este autor, la decisión del Estado que determina sus gastos es previa a la elección de los recursos e independiente de estos; los fines del Estado son limitados, lo que restringe también el monto total de los gastos públicos frente a una abundancia relativa de recursos a los que puede acudir; y el poder que aquel puede ejercer sobre los individuos, excluye la negociación que caracteriza a la economía de mercado (por ello, las finanzas públicas constituyen un fenómeno esencialmente político y no económico)<sup>5</sup>.

La acción del Estado, como sujeto activo de la actividad financiera, es motivada por las fuerzas políticas y se realiza con sometimiento a normas jurídicas; estas determinan la actividad financiera y expresan, a su vez, las decisiones políticas y económicas tomadas por el Estado; las elecciones de los instrumentos financieros adecuados en cada caso para lograr los fines deben ajustarse a determinadas técnicas operativas.

Ahora bien, la evolución de las finanzas públicas en la teoría neoclásica registra dos corrientes importantes desde el punto de vista de los impuestos; por un lado la anglosajona con Alfred Marshall y Arthur Cecil Pigou, y por el otro, la escandinava-italiana con Knut Wicksell, Lindhal y Pareto.

#### A) *Teoría anglosajona*

Para Marshall, el campo de las finanzas públicas se reduce a los temas relacionados con la distorsión de los precios que generan los impuestos en una economía competitiva de equilibrio parcial.

Marshall proporcionó una teoría positiva para estudiar los efectos de los impuestos sobre los cambios en los precios relativos y en la producción, en condiciones de equilibrio parcial; pero, en los años cincuenta del siglo pasado, el modelo Marshall se extiende al equilibrio general, con una teoría fiscal normativa, basada en el enfoque utilitarista de

---

<sup>4</sup> Cfr. Musgrave, Richard, *Teoría de la hacienda pública*, trad. de José María Lozano Irueste, Madrid, Aguilar Ediciones, 1969, p. 36.

<sup>5</sup> Cfr. Griziotti, Benvenuto, *Principios de política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*, 2ª. ed., trad. de Enrique R. Mata, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958.

Pigou, para analizar los temas relacionados con la distribución de la carga fiscal entre los individuos<sup>6</sup>.

Por lo que, las finanzas tradicionales se presentan cuando el gobierno financia el gasto aumentando impuestos, la población los paga disminuyendo el consumo; pero cuando se emite deuda pública para financiar el gasto, los individuos tienden a ignorar que tarde o temprano tal aumento en el gasto deberá pagarse con los impuestos y en consecuencia no hacen ningún esfuerzo por reducir el consumo.

Es decir, el aumento en el gasto público es financiado por los particulares mediante la adquisición de la deuda pública, pero estos fondos en vez de ser ahorrados mediante la disminución del consumo, se retiran del ahorro destinado a la inversión productiva, disminuyendo la acumulación de capital.

#### B) *Teoría escandinava-italiana*

En el enfoque de Knut Wicksell se ubica el proceso financiero en la teoría del valor, a través de la aprobación parlamentaria del presupuesto de gastos y recursos. Destaca el carácter político de este proceso, sin por ello negar su identificación con el problema del valor.

Wicksell comprende que la justicia en la distribución de las cargas fiscales exige como premisa una situación previa de justa distribución de la riqueza.

Es importante decir que, identifica al Parlamento como el medio de establecer la justicia de la imposición e igualar esa justicia con la apreciación individual de utilidad y sacrificio, pero transferida a la representación parlamentaria.

En este sentido, de una u otra forma, estas teorías han permanecido en las finanzas públicas del país, que no se encuentra ajeno a ninguna de ellas; a pesar del transcurso del tiempo y los cambios que en él se han presentado.

### **III. FINANZAS MODERNAS**

Ahora bien, del análisis de la evolución del pensamiento económico, la revolución keynesiana seguida por el economista inglés John Maynard Keynes durante los años de la gran depresión, cuando la doctrina clásica ya no se pudo adaptar a la realidad económica de la época; su teoría constituyó una efectiva ruptura con la tradición clásica y ofreció tres puntos esenciales:

a) La existencia de desempleo en la economía de mercado; argumentando que esta podría no tener una fuerte tendencia a moverse hacia el pleno empleo; pero que, podría mantenerse en una situación de equilibrio con desempleo masivo, esto es, como equilibrio con desempleo; y que la economía de mercado presentaba dos efectos básicos; en el primero se podría llegar a una depresión persistente, tal como la de los años treinta, y en la segunda podría ser altamente inestable, de modo que incluso si se alcanzaba el nivel de pleno empleo, esta situación podría durar poco.

<sup>6</sup> Cfr. Marshall, Alfred, *Principios de economía; un tratado de introducción, natura non facit saltum*, 2ª. ed., trad. de Emilio De Figueroa, Madrid, Aguilar Ediciones, 1954.

b) El origen del desempleo masivo es el resultado de una demanda agregada insuficiente, es decir, con poco gasto en bienes y servicios; y

c) Para remediar el desempleo, se debería aumentar la demanda agregada, es decir, un incremento al gasto del Estado<sup>7</sup>.

Finalmente, la intervención del Estado en la economía lograría solucionar varios problemas, como el gasto público, que podía ser un medio para realizar inversiones, sobre todo en obras de infraestructura, con lo que se movilizaría la economía y se daría el ahorro y la inversión mediante el pago de salarios.

A través de la historia, la forma de manejar la economía y las finanzas ha sufrido toda clase de cambios para adaptarse a las nuevas necesidades; las llamadas finanzas tradicionales eran básicamente descriptivas, se estudiaban para entenderlas y explicarlas más que para provocar la toma de decisiones; en cambio, las finanzas modernas tienen la finalidad de explicar fenómenos financieros para diseñar las mejores estrategias para administrar empresas de todo tipo.

En la actualidad, las finanzas han sido un sector decisivo en la vida del país y la sociedad; la ciencia ha comenzado a aplicarse en este campo del Derecho y cada vez hace más hincapié en la importancia de la metodología y el orden para llegar al éxito de las finanzas.

Es por eso que, las finanzas modernas generan el manejo del dinero y sus derivados; haciendo uso de los recursos y su administración, a través de la riqueza del pueblo y sus proyecciones a futuro.

### 1. *Concepto*

Las finanzas públicas se han convertido en uno de los instrumentos más importantes de la política económica, buscan el bienestar de las mayorías, están dirigidas al manejo de los problemas de financiación de una macroeconomía, buscan minimizar el gasto y el aprovechamiento de las inversiones para dar un mejor servicio público; a diferencia de las finanzas privadas que pretenden el lucro y están orientadas al manejo de los problemas de financiación de una microeconomía, en la búsqueda del bienestar individual.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el término finanzas proviene del francés *finance*, y se refiere a la obligación que un sujeto asume para responder de la obligación de otra persona; el concepto también hace referencia a los caudales, los bienes y la hacienda pública<sup>8</sup>.

En el lenguaje común, este término hace referencia al estudio de la circulación del dinero entre los individuos, las empresas o los distintos Estados; en sí, las finanzas aparecen como una rama de la economía que se dedica a analizar cómo se obtienen y gestionan los fondos, es decir, las finanzas se encargan de la administración del dinero.

<sup>7</sup> Cfr. Wonnacott, Paul y Wonnacott, Ronald, *Economía*. México, McGraw-Hill, 1992, p. 145.

<sup>8</sup> Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, 22<sup>a</sup>. ed., Madrid, Real Academia Española, 2001.

De esta forma, se puede entender a las finanzas como la circulación del dinero; con relación a la rama de la economía que se encarga de analizar la obtención, gestión y administración de fondos; lo público, por su parte, hace referencia a aquello que es común a toda la sociedad o de conocimiento general<sup>9</sup>.

Para Harley Leits Lutz, la palabra finanzas significa todo lo que tiene relación con la moneda o con transacciones en moneda; Schultz y Harris señalan que es el estudio de los hechos, de los principios, y de la técnica de obtener y gastar los fondos de los cuerpos gubernamentales<sup>10</sup>.

Las finanzas públicas entendidas como las operaciones relativas a los ingresos, gastos y deuda del gobierno, deben considerarse en su conjunto, en relación con los efectos que estas tienen en la naturaleza, y ritmo del desarrollo económico de México y con el control democrático a que deben sujetarse las mismas.

Las finanzas corporativas, por su parte, se centran en las formas que tienen las empresas para crear valor, a través del uso de recursos financieros, inversión, financiación, beneficios y dividendos.

Otra situación importante, son las finanzas personales que se refieren a la capacidad de ahorro, al gasto y a la inversión; se buscan alternativas para la vida de los individuos de una sociedad, a fin de sugerir de qué forma invertir su dinero y cómo alcanzar un balance positivo, donde se reduzcan las pérdidas, a través de una economía sostenible, para aumentar la calidad de vida.

Por lo que hace a la noción de finanzas personales se refiere, en principio, al dinero que necesita una familia para su subsistencia; cada persona deberá analizar cómo obtener dinero y cómo protegerlo ante situaciones imprevistas, una de estas puede ser el desempleo.

De lo anterior, se puede decir que las finanzas públicas no son sino los medios e instrumentos, tanto jurídicos como económicos, de que el Estado dispone para procurarse los ingresos necesarios para satisfacer el gasto público<sup>11</sup>.

Las finanzas públicas constituyen la rama del Derecho Público que tiene por objeto el estudio de las reglas y las operaciones relativas a los fondos públicos.

## 2. *La ciencia de las finanzas públicas*

Se dice que, fue a partir del siglo XIX cuando la ciencia de las finanzas comenzó a sistematizarse como disciplina con contenido propio e independiente de la economía; en la primera mitad de ese siglo, el pensamiento financiero tuvo gran influencia por los economistas clásicos, lo cual produjo que los Estados occidentales redujeran su actividad financiera,

---

<sup>9</sup> Cfr. <http://definicion.de/finanzas-publicas>.

<sup>10</sup> Cfr. Flores Zavala, Ernesto, *Elementos de finanzas públicas mexicanas*, 33ª. ed., México, Porrúa, 2001, p. 10.

<sup>11</sup> Cfr. Arrijo Vizcaíno, Adolfo, *Derecho Fiscal*, México, Themis, 2007, p. 247.



para asegurar las necesidades primarias de la población; lo que significó que la finalidad del Estado, en cuanto a su actividad, era fiscal.

Los diversos estudios que se han realizado de la ciencia de las finanzas públicas han permitido poderla identificar como aquella que se ocupa de la actividad que realiza el poder público, tendiente a la obtención, administración, fomento y aplicación de los recursos públicos, para cuyo efecto deben considerarse los fenómenos económicos, políticos, jurídicos y sociales existentes que guarden relación con tal actividad<sup>12</sup>.

Es decir, es la ciencia que se encarga de estudiar los recursos obtenidos; así como el uso adecuado de los mismos para satisfacer y cubrir las necesidades del Estado.

El Estado, sujeto actuante para alcanzar sus fines, tiene la personalidad propia y autoridad independiente de los individuos; gestor de la actividad financiera y el encargado de los distintos componentes de los recursos y gastos públicos por utilizar, en su instrumento denominado presupuesto, al que se sujeta la población, de acuerdo a la forma de gobierno del Estado.

### 3. *La actividad financiera*

En este sentido, a fin de contar con una noción de lo que se debe entender por actividad financiera, es preciso analizar cuatro conceptos vinculados entre sí que tienen relación con la actividad financiera del Estado, a saber:

#### A) *La necesidad pública*

En la actualidad las necesidades humanas son diversas y aumentan conforme el país y la calidad de vida, cuya satisfacción es indispensable para la vida del hombre, las cuales son satisfechas, ya sea por un sujeto o incluso por el Estado.

Ahora bien, la necesidad es pública en la medida que es una necesidad del Estado, por identificarse con los fines de este; la condición o carácter de público de una necesidad implica, en principio, la exigencia de que su satisfacción debe quedarse en manos del Estado, pues forma parte de los fines del mismo; las necesidades públicas surgen a partir de la existencia del Estado como forma de organización política, no son realidades preexistentes a él cuya satisfacción deba cubrir<sup>13</sup>.

La necesidad pública es la que nace a la vida colectiva y cuya satisfacción se logra a través de la actuación del Estado<sup>14</sup>.

#### B) *Servicio público*

Por el hecho de vivir en una colectividad, surgen ciertas necesidades colectivas para los hombres, que al no ser satisfechas por la libre actividad privada, se encomienda su

<sup>12</sup> Cfr. Sánchez Hernández, Mayolo, *Derecho Tributario*, 3ª. ed., México, Cárdenas Editor, 2002, p. 13.

<sup>13</sup> Cfr. Flores Zavala, Ernesto, *op. cit.*, p. 13.

<sup>14</sup> Cfr. Ponce Gómez, Francisco y Ponce Castillo, Rodolfo, *Derecho Fiscal*, 3ª. ed., México, Editorial Banca y Comercio, 1998, p. 9.

satisfacción a los organismos públicos del Estado, generando así, el concepto de servicio público.

Es posible entenderse como la actividad que realiza el Estado a través de su elemento más importante, como el gobierno, y que tiene como objetivo la satisfacción de las necesidades públicas; se dividen en:

- a) Esenciales, que requieren la atención constante y permanente por parte del Estado, ya que de no ser así, corre el riesgo de desaparecer jurídicamente. Tradicionalmente, los fines esenciales del Estado han sido formular las leyes y mantener el orden público; sin embargo, actualmente existen otros, como mantener el equilibrio en las relaciones internacionales y la lucha contra la contaminación ambiental.
- b) Accidentales, que no requieren la atención constante y permanente por parte del Estado, sino únicamente cuando se presenten por ocasión, como por ejemplo un terremoto.

Los servicios públicos constituyen el medio para satisfacer una necesidad colectiva de interés social, mediante prestaciones dirigidas directamente a los integrantes de la colectividad y que deben prestarse en forma permanente<sup>15</sup>.

En opinión de Enrique Sayagués Laso, todo servicio público debe prestarse de forma continua, ininterrumpidamente; su paralización daña y causa trastornos a la colectividad. Además, debe haber regularidad en condiciones razonables de buen funcionamiento, está dirigido directamente al público, pudiendo utilizarlo todas las personas en igualdad de condiciones<sup>16</sup>.

### C) *Recursos públicos*

Se denominan así a todas las percepciones e ingresos que percibe el Estado de cualquier naturaleza que sean con el objeto de financiar los gastos públicos.

Lo que quiere decir, que los Estados modernos reciben ingresos de los ciudadanos a través de los impuestos, y estos se entienden como la prestación pecuniaria, es decir, en dinero, que se obtiene de los particulares para cubrir las cargas públicas; esto es, el tributo como fenómeno de la actividad financiera.

Con los recursos obtenidos a través de los impuestos, el Estado financia una serie de servicios que benefician a la colectividad en cumplimiento de sus fines específicos.

### D) *Gastos públicos*

Actualmente, para los ciudadanos es difícil saber en qué y cómo gasta el gobierno los recursos que se le proveen, es complicado pensar lo que se recibe en un determinado

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Cfr. Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª. ed., Montevideo, D.H. Martins, 1974, t. I, p. 58.

periodo, por lo que sería igualmente complejo atribuir al gobierno federal toda la responsabilidad por la falta de certeza en el ejercicio del gasto público<sup>17</sup>.

De esta manera, el gasto público ha de comprenderse como la cantidad de recursos financieros, materiales y humanos que el sector, representado por el gobierno, emplea para el cumplimiento de sus funciones, entre los que se encuentran de manera primordial satisfacer los servicios públicos de la sociedad.

Lo que quiere decir que, son las erogaciones que realiza el Estado autorizadas por el Presupuesto de Egresos, tendiente a la satisfacción de necesidades públicas<sup>18</sup>.

Asimismo, para los efectos de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, se presentan ciertos conceptos, como el gasto neto total; el gasto total y el gasto programable; estos se pueden entender en general como las erogaciones aprobadas en el Presupuesto de Egresos, con cargo a las percepciones previstas en la Ley de Ingresos, las cuales no incluyen las amortizaciones de la deuda pública y las operaciones que darían lugar a la duplicidad en el registro del gasto<sup>19</sup>.

De lo que se observa, que para conocer si el gasto se aplica de manera eficiente, más allá de los problemas políticos que se presenten en el país, es importante desarrollar indicadores de desempeño del presupuesto público, esto no es fácil, pero se puede llevar a cabo, en virtud de que la Ley ya cuenta con un sistema presupuestal que permite hacerlo.

Asimismo, se requiere cambiar la manera como se elabora el Presupuesto de Egresos de la Federación; para evaluar el gasto en términos de su costo de efectividad, el reto será garantizar la transparencia de indicadores de impacto adecuados; los que facilitarán la evaluación de la eficiencia del gasto público; por lo que, se tendrán las condiciones necesarias, mas no suficientes, para gastar mejor.

Además, será necesario establecer la posibilidad de que la Ley de Presupuesto Federal establezca responsabilidad fiscal en los tres órdenes de gobierno, como sucede en otros países, para que las metas de balance presupuestal incluyan a todo el sector público y no solo al gobierno central.

La intervención del Estado en las finanzas, por lo tanto, se da a través de la variación del gasto público y de los impuestos; el gasto público es la inversión que realiza el Estado en distintos proyectos de interés social; para poder concretar las inversiones, las autoridades deben asegurarse de recaudar impuestos, que son pagados por todos los ciudadanos y empresas de la nación.

---

<sup>17</sup> Aun cuando se ha publicado la nueva Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, no se puede negar la falta de credibilidad respecto del cumplimiento de la aplicación de la norma. *Cfr. Diario Oficial de la Federación*, 18 de julio de 2016.

<sup>18</sup> *Cfr. Ponce Gómez, Francisco y Ponce Castillo, Rodolfo, op. cit.*, p. 10.

<sup>19</sup> *Cfr. Artículo 2º de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*, vigente en 2017.

El gasto público, por otra parte, puede funcionar como estímulo del consumo; el Estado está en condiciones de generar impuestos, lo que otorgará salarios a la gente y dinero para consumir.

Los impuestos suelen estar vinculados a los ingresos de las personas; por lo que a mayores ingresos, mayores impuestos por pagar; hay impuestos que son considerados recesivos, ya que afectan de la misma forma a la población con menores ingresos y a las clases altas.

En este sentido, la actividad financiera está integrada por tres etapas, que se describen de la siguiente manera:

a) La recaudación de los recursos, los cuales pueden ser obtenidos a través de distintas fuentes y de diversas formas jurídicas, debido al poder de imperio.

b) La aplicación de los recursos, obtenidos en la primera etapa, de acuerdo a las acciones y decisiones relacionadas con el gasto público.

c) Por último, la gestión o administración del patrimonio, es decir, de los bienes del Estado.

De esta forma, la actividad financiera del Estado que funciona de acuerdo al ingreso se llama Derecho Fiscal; la parte de los recursos se identifica como Derecho Patrimonial y finalmente el gasto, como Derecho Presupuestario.

#### **IV. ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA**

Si bien, la actividad financiera es el mecanismo por el cual el Estado regula la satisfacción de las necesidades básicas de la población, este fenómeno tiene indiscutiblemente cinco aspectos relevantes que son:

##### *1. Económico*

Es incuestionable que la autoridad financiera posee un aspecto económico por cuanto se ocupa de la obtención o inversión de recursos económicos, necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado<sup>20</sup>.

##### *2. Político*

El escritor Mario Pugliese señala que la actividad financiera tiene la naturaleza política, porque político es el sujeto agente, políticos son los poderes con los que este aparece investido, políticos son también los fines del Estado para los que se desarrolla tal actividad<sup>21</sup>.

##### *3. Jurídico*

Este aspecto es importante, ya que se regula por el Derecho objetivo; por tanto el estudio del Estado comprende al Derecho Financiero.

---

<sup>20</sup> Cfr. Sáinz de Bujanda, Fernando, *Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, vol. 1, p. 10.

<sup>21</sup> Cfr. Pugliese, Mario, *Instituciones de Derecho Financiero*, México, Porrúa, 1976, p. 19.

La actividad financiera es una rama de la actividad administrativa y aparece como tal regulada por el Derecho; constituye una exigencia del Estado moderno el que todas las manifestaciones de la voluntad, en el campo de la administración, y las relaciones con los particulares que ésta engendra, encuentren en la ley su fundamental disciplina<sup>22</sup>.

#### 4. *Sociológico*

Este aspecto resulta del régimen de los tributos y de los gastos públicos, que ejercen una determinada influencia, más o menos decisiva, sobre los grupos sociales que operan dentro del Estado<sup>23</sup>.

#### 5. *El aspecto internacional*

Finalmente, se puede agregar un quinto aspecto, al considerar el avance importante que el país ha tenido en las finanzas públicas y su relación con el mundo externo.

Debido a la alta dependencia de la economía mexicana en su comercio exterior, México ha tenido injerencia en diferentes sectores de la producción; la propia modernidad en las finanzas públicas permite considerar, significativo y oportuno, agregar un quinto aspecto al que se le puede llamar "aspecto internacional de las finanzas públicas"; en virtud de que no es un país aislado y con el transcurso del tiempo ha fortalecido sus relaciones y vínculos con el exterior.

El Estado no solo está orientado al cumplimiento de sus leyes fundamentales, sino también al de grandes objetivos tanto sociales como económicos y a la consecución de medios para alcanzarlos; las erogaciones que realiza, la administración y gestión de los recursos patrimoniales, constituyen precisamente la actividad financiera.

No obstante, la referencia al aspecto jurídico, político, económico, social e internacional de las finanzas públicas, no debe limitarse al enfoque de la hacienda pública, el cual queda restringido a la consecución de ingresos y a su erogación, luego se requiere mayor espacio para reunir diversos enfoques y finalidades en la determinación del ingreso y la calidad el gasto.

Es así que el aspecto propiamente financiero no consiste únicamente en la forma de la producción ni en los gastos en que incurre el Estado para llevar a cabo la prestación de servicios administrativos, sino en el reparto de la carga presupuestaria entre los contribuyentes; ello, de acuerdo con un principio de política social, debe tender a redistribuir el ingreso, mediante el impuesto progresivo.

De esta manera, las finanzas públicas modificaron su objetivo, que no solo es la obtención de recursos para satisfacer el gasto público, sino que surgió la actividad financiera que influye, además, directamente en la economía de la nación; dio origen al enfo-

---

<sup>22</sup> Cfr. Giannini, Achille Donato, *Elementi di Diritto Finanziario*, Milano, Giuffrè, 1945, p. 3.

<sup>23</sup> Cfr. De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 18ª. ed., México, Porrúa, 2000, p. 8. Ponce Gómez, Francisco y Ponce Castillo, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

que jurídico y surgió con un doble aspecto que en la actualidad se reúne como Derecho Financiero y Derecho Tributario.

## **V. LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**

El Estado mexicano cuenta con diferentes órganos para llevar a cabo sus funciones, en este caso, es la Secretaría de Hacienda y Crédito y Público la dependencia centralizada para llevar a cabo el despacho de los negocios en materia financiera, fiscal y administrativa, encomendado al Poder Ejecutivo, de acuerdo con lo que establece el Artículo 2º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal<sup>24</sup>.

Cada función debe asumirse para la toma de decisiones; ello conlleva a proporcionar las directrices bajo las cuales la autoridad debe actuar, en las condiciones propias de su entorno y disponer de soluciones que satisfagan las necesidades de la colectividad.

Dentro de las funciones y sus actividades se encuentran aquellas referentes a la captación y asignación de recursos con que el Estado financia su mandato, le corresponde obtener los fondos necesarios para su gestión, sea cual fuere su fuente o su destino, nacional o internacional. Así, se entiende el derecho para la imposición y la redistribución<sup>25</sup>.

Al tratar de comprender y controlar los eventos económicos aleatorios, el hombre cuenta con la actividad presupuestaria, la cual puede iniciarse acatando las políticas que guíen los cursos de acción para resolver la problemática identificada.

En este sentido, el control de situaciones cambiantes, dentro del marco político, económico y social, conlleva una correcta administración de los recursos para lograr objetivos de orden público, que pueden traducirse en bienestar social.

Toda la actividad del Estado está contenida y normada por leyes, reglamentos y disposiciones administrativas que él mismo establece para regular su economía. Los postulados financieros del Estado son entonces mandatos obligatorios, dejando escaso margen a excepciones de discrecionalidad que los propios ordenamientos legales contemplan.

### *1. La política fiscal*

Las finanzas públicas son parte de la Administración Pública, se ocupan de los ingresos públicos, los gastos estatales y las operaciones que contribuyen al logro de los objetivos gubernamentales; por lo que, las dos ramas esenciales de esas finanzas vienen a ser la política de ingresos (captación de recursos) y política de gastos (aplicación de los recursos).

---

<sup>24</sup> En el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo, encomendados al Poder Ejecutivo de la Unión, habrá las siguientes dependencias de la Administración Pública Centralizada:

I. Secretarías de Estado;

II. Consejería Jurídica; y

III. Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética a que hace referencia el Artículo 28, párrafo octavo, de la Constitución. Véase la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, vigente en 2017.

<sup>25</sup> *Cfr.* El Artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, vigente en 2017.

En ese tenor, las finanzas públicas están compuestas por políticas o directrices que instrumentan la percepción de recursos y su erogación. El principio fundamental que rige a la política fiscal estriba en el equilibrio de lo recaudado comparado con los gastos gubernamentales y lo realizado con dichos ingresos; de esta relación dependerá la estabilidad económica del país, así como su déficit o superávit.

La captación de los recursos se lleva a cabo a través de las percepciones que recibe el Estado, tal y como lo describe el Artículo 2° del Código Fiscal de la Federación, al señalar la clasificación de las contribuciones en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos<sup>26</sup>.

En este sentido, se incluyen los aprovechamientos, los recargos, las sanciones, así como los gastos de ejecución y la indemnización<sup>27</sup>.

Una baja recaudación de impuestos representa un problema económico para el país, debido a que existe menos ingreso público disponible para gasto del gobierno; es decir, entre menos impuestos recaude el fisco, menor será el dinero que el gobierno tendrá disponible para invertir en infraestructura, salud, educación y todo tipo de gastos que impulsen el bienestar social.

No obstante, se ha dicho que el porcentaje de la población que paga impuestos es bajo, que el gobierno se ve en la necesidad de crear altas tasas impositivas para así poder llegar al nivel de ingresos que requiere; debido a que existe un déficit presupuestario<sup>28</sup>, el país debe financiarse a través de préstamos, aumentando así la deuda pública<sup>29</sup>.

## 2. El presupuesto

En el ámbito de las finanzas públicas el presupuesto, de manera general, está conformado por todas aquellas funciones y actividades, enmarcadas por diferentes áreas del conocimiento, que llegan a materializarse en operaciones con fondos públicos y que, a través del tiempo, se entrelazan con los antecedentes históricos del Estado.

En el presupuesto se estipula el financiamiento de los servicios públicos a los que se tiene acceso, como la energía eléctrica, la educación, prestaciones médicas, la seguridad pública y la procuración de justicia, entre otros.

---

<sup>26</sup> Cfr. *Código Fiscal de la Federación*, vigente en 2017.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> La noción de déficit presupuestario, que se asocia a la Administración Pública, se produce cuando los gastos que concreta el Estado son superiores a sus ingresos durante un cierto período temporal. Cfr. <http://definicion.de/déficit-presupuestario>.

<sup>29</sup> Son las obligaciones de pasivo, directas o contingentes, derivadas de financiamientos a cargo de los gobiernos Federal, Estatal, de la Ciudad de México o Municipal, en términos de las disposiciones legales aplicables, sin perjuicio de que dichas obligaciones tengan como propósito operaciones de canje o refinanciamiento. Consúltese el Artículo 1° de la Ley Federal de Deuda Pública, vigente en 2017.



En este sentido, Ríos Elizondo sostiene que la Constitución federal de 1917 no considera al Presupuesto de Egresos como una ley, sino como un documento de carácter administrativo que envía el Presidente de la República a la Cámara de Diputados para efectos de los Artículos 65, fracción II, y 74, fracción IV, constitucionales; que es un acto materialmente administrativo y legislativo, que resulta de la colaboración funcional entre ambos poderes<sup>30</sup>.

Por otra parte, el Artículo 39 de la Ley Federal de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público establece que el Presupuesto de Egresos de la Federación será el que contenga el decreto que apruebe la Cámara de Diputados, a iniciativa del Ejecutivo, para gastar durante el periodo de un año, por las actividades, obras y servicios públicos previstos en los programas a cargo de las entidades que en el propio Presupuesto se señalen<sup>31</sup>. Es decir, lo considera como un decreto.

Asimismo, es importante decir que formalmente el Presupuesto es un acto legislativo, ya que constituye una mezcla de actos jurídicos reunidos en un solo documento. Materialmente, se considera un acto administrativo, pues no puede decirse que la Cámara de Diputados dé nacimiento a una situación jurídica general, condición indispensable para que exista un acto legislativo; por el contrario, como determina la aplicación de una regla general a un caso especial en cuanto al concepto, monto y tiempo, se trata de un acto totalmente administrativo<sup>32</sup>.

Por tanto, se entiende que el Presupuesto de Egresos es un acto formalmente legislativo, pero materialmente administrativo, por ser de previsión y autorización.

De esta forma, los efectos jurídicos del Presupuesto se pueden precisar como la autorización indispensable para que el Poder Ejecutivo efectúe la inversión de los fondos públicos (Artículo 126 constitucional), así como la base para que el Ejecutivo rinda cuentas al Legislativo (Artículo 74 constitucional)<sup>33</sup>.

Así, el Presupuesto deviene en la constitución de un programa de acción económica para un tiempo determinado; desde el punto de vista jurídico, es el documento relativo a la previsión de ingresos y gastos públicos, formulado y sancionado en los términos establecidos por la legislación.

Mientras que desde el punto de vista económico, es el programa de trabajo que el Estado se propone realizar en un periodo determinado, generalmente un año, que puede o no coincidir con el año cronológico.

---

<sup>30</sup> Cfr. Ríos Elizondo, Roberto, "El presupuesto de egresos", *Estudios de Derecho Público contemporáneo*, México, UNAM-FCE, 1972, pp. 277-284.

<sup>31</sup> Cfr. *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*, vigente en 2017.

<sup>32</sup> Cfr. Ponce Gómez, Francisco y Ponce Castillo, Rodolfo, *op. cit.*, p. 33.

<sup>33</sup> Cfr. *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*, vigente en 2017.

## VI. MARCO JURÍDICO

El marco jurídico delimita y otorga base a las actividades financieras, al crear las reglas bajo las cuales se realizan las transacciones necesarias para que el Estado llegue a sus finalidades de rectoría y el cumplimiento de sus objetivos.

La economía se relaciona a la creación de riqueza y la manera de lograrla; el gasto y los ingresos públicos implican el concepto de la hacienda pública, cuya función es obtener los recursos necesarios para enfrentar los costos de la administración. La política fiscal, presupuestaria y económica, en un marco jurídico, requieren de un aparato administrativo para seguir los procesos o procedimientos para llegar a los fines sociales que previamente se determinan.

El marco jurídico, que se relaciona con las finanzas públicas, considera las siguientes disposiciones:

### 1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

La Constitución federal mexicana contiene la suma de la historia, la política, la cultura y la economía del país; se afirma como un pacto entre las generaciones que vincula al pasado, que contiene el presente y prepara el futuro.

Es considerada como el máximo documento que regula el cumplimiento de la legalidad a cargo de las autoridades y de la sociedad, que permite sostener un equilibrio en el ejercicio de gobernar, con una estrecha vinculación a la organización administrativa, que genere la optimización de los recursos con que cuenta el Estado.

### 2. *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*

Esta disposición señala los cimientos de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal, y su integración por la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal; así como los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas, y los fideicomisos<sup>34</sup>.

### 3. *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*

El objetivo de esta Ley es reglamentar los artículos constitucionales en materia de programación, presupuesto, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales.

Los sujetos obligados a cumplir las disposiciones de esta Ley deberán observar que la administración de los recursos públicos federales se realice con base en criterios de legalidad, honestidad, eficiencia, eficacia, economía, racionalidad, austeridad, transparencia, control, rendición de cuentas y equidad de género<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. Artículo 1° de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, vigente en 2017.

<sup>35</sup> Cfr. Artículo 1° de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, vigente en 2017.

#### 4. *Ley de Ingresos de la Federación*

Esta Ley establece la procedencia de los ingresos esperados de la Federación para el siguiente ejercicio fiscal, determinando cuáles son sus fuentes, ya sea por contribuciones (impuestos y contribuciones especiales) o bien, por otros ingresos (provenientes de los aprovechamientos, productos y financiamientos crediticios), describiendo los conceptos y el monto a recibir<sup>36</sup>.

Finalmente, el Ejecutivo Federal, cuando somete las iniciativas al Congreso de la Unión de la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos de la Federación, deberá proponer los montos del endeudamiento neto necesario, tanto interno como externo, para el financiamiento del Presupuesto Federal del ejercicio fiscal correspondiente, proporcionando los elementos de juicio suficientes para fundamentar su propuesta.

#### 5. *Ley de Planeación*

Se ha considerado que, la validez del orden jurídico depende de su eficacia y pierde la misma cuando la realidad deja de coincidir con él, por ello es posible afirmar que las leyes guardan una estrecha relación con lo que vivimos; y que el éxito o fracaso de las actividades que realizan los individuos dependen, en gran medida, de la planeación.

De forma específica, la Ley de Planeación regula al gobierno en cuanto a las actividades de la administración pública federal, las cuales van encaminadas a que el Estado llegue a obtener el bien común.

Esta norma tiene por objeto establecer los principios básicos conforme a los cuales se llevará a cabo la Planeación Nacional del Desarrollo y encauzar, en función de esta, las actividades de la Administración Pública Federal; en virtud de que, a través de la planeación se fijarán objetivos, metas, estrategias y prioridades; asignación de recursos, responsabilidades y tiempos de ejecución, se coordinarán acciones y evaluarán resultados<sup>37</sup>.

#### 6. *Ley Federal de Deuda Pública*

Este ordenamiento jurídico establece que será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la dependencia, del Ejecutivo Federal, encargada de la aplicación de esta ley, así como de interpretarla administrativamente y expedir las disposiciones necesarias para su debido cumplimiento.

Asimismo, las entidades del sector público federal requerirán la autorización previa de dicha Secretaría para efectuar negociaciones oficiales, gestiones informales o exploratorias sobre la posibilidad de acudir al mercado externo de dinero y capitales.

Para obtener esta autorización deberán proporcionar a la Secretaría de Hacienda Federal sus programas financieros anuales de mediano y largo plazo, así como demás información que se les solicite, a fin de determinar sus necesidades de crédito<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. *Ley de Ingresos de la Federación*, vigente en 2017.

<sup>37</sup> *Ley de Planeación*, vigente en 2017.

<sup>38</sup> *Ley Federal de Deuda Pública*, vigente en 2017.

### 7. *Ley General de Bienes Nacionales*

En esta disposición se establece un concepto amplio de servicio público que pudiera identificarse con toda la actividad que realizan los Poderes de la Unión, las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal, los Poderes de los Estados y municipios, así como sus administraciones públicas.

La norma considera que los bienes serán destinados a un servicio público cuando cualquiera de esos entes utiliza el bien<sup>39</sup>.

### 8. *Ley Federal de las Entidades Paraestatales*

Esta Ley es reglamentaria, en lo conducente, del Artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene por objeto regular la organización, funcionamiento y control de las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal.

Las relaciones del Ejecutivo Federal, o de sus dependencias, con las entidades paraestatales, en cuanto unidades auxiliares de la Administración Pública Federal, se sujetarán, en primer término, a lo establecido en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias y, solo en lo no previsto, a otras disposiciones según la materia que corresponda. De lo anterior, se presenta la siguiente clasificación:

- a) Empresas de participación estatal mayoritaria; aquellas instituciones o personas morales, en las que el Gobierno Federal, o entidades paraestatales, posean acciones que superen el 50% del capital social de la empresa.

Tienen por objeto la atención de áreas prioritarias, particularmente la satisfacción de los intereses nacionales y las necesidades de la población.

- b) Empresas de participación estatal minoritaria; en estas, el Gobierno Federal es propietario de menos del 50% del capital, y en las que interviene mediante un comisario o representante que realiza labores de vigilancia.

El número de empresas en las cuales, mayoritaria o minoritariamente, tiene participación el Gobierno Federal, ha originado un mejor control, en virtud de que están sujetas a vigilancia presupuestal; las empresas que por su participación en la economía del país se consideran prioritarias, y que los recursos totales que administran son muy elevados, justifican su observación individual y específica en los presupuestos públicos<sup>40</sup>.

Asimismo, las no sujetas a control presupuestal, son empresas que, comparativamente, manejan menos recursos y que representan un volumen muy elevado, difícil de controlar en lo individual; de acuerdo a sus actividades, se adscriben sectorialmente a las Secretarías de Estado correspondiente.

---

<sup>39</sup> *Ley General de Bienes Nacionales*, vigente en 2017.

<sup>40</sup> *Ley Federal de las Entidades Paraestatales*, vigente en 2017.

### 9. *Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos*

En esta norma se establecen las sanciones correspondientes por el incumplimiento imputable al funcionario responsable; así, la población tendrá la garantía de que existe la eficiente aplicación de los recursos de la Ley Federal de Presupuesto Público<sup>41</sup>.

## VII. LA DESCENTRALIZACIÓN

### 1. *Antecedentes*

El país ha avanzado notablemente en el devenir histórico, esto permite decir que en México ha existido un principio de organización y que una vez pasada la etapa de la Guerra de Reforma, la Intervención Francesa y el Segundo Imperio, la República triunfa y comienza a estructurarse en forma definitiva.

Desde principios del siglo XIX, particularmente a raíz de la consumación de la independencia nacional, los estadistas, los políticos y los conocedores de la economía nacional, pensaban ya en una organización administrativa, tendiente a obtener mejores resultados en el futuro.

Con la Revolución Mexicana, ya en la fase constructiva, el país da un fuerte impulso a la organización administrativa, hasta llegar a figurar como un país entre las naciones civilizadas que han logrado estabilidad política y económica, después de librar grandes tropiezos y enormes dificultades.

En México, la organización administrativa se muestra en las formas de centralización y descentralización; en el régimen de centralización, ha sido la organización del Poder Ejecutivo Federal, ya que, el Presidente de la República como autoridad suprema, no solo puede realizar todos los actos administrativos, sino que se vale de órganos y funcionarios subordinados a él, y así, concentra la administración pública, para conservar la unidad del poder; es decir, la forma en que se relacionan los organismos y funcionarios, colocándose unos respecto de otros, en una posición subordinada, lo que da origen a la jerarquización.

Ahora bien, la descentralización alude a un sistema propenso a transferir de un determinado centro de toma de decisiones, un conjunto de atribuciones, funciones, facultades, actividades y recursos, a favor de entes, órganos, instituciones o regiones que se hallan en una situación de cierta subordinación, más no en una relación de jerarquía, respecto del centro.

En todo aparato político o administrativo contemporáneo se advierte la presencia de la centralización y de la descentralización como fórmulas o directivas de organización coexistentes, pese a su contraposición como dos valores opuestos; paradójicamente, lejos de excluirse se complementan.

No existe un sistema político-administrativo que esté exclusivamente orientado hacia la optimización de los dos principios; muy difícilmente, aún para sectores limitados

<sup>41</sup> *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, vigente en 2017.

de la organización de un Estado, descentralización y centralización están en estado puro, sino que aparecen como imperfectos<sup>42</sup>.

Lo anterior, conlleva a decir que la descentralización puede ser política, administrativa o económica. La política se refiere a la forma de Estado o a la forma de gobierno<sup>43</sup>; así, el federalismo es una de sus manifestaciones, como la proliferación de polos de desarrollo lo es de la descentralización económica.

A este respecto, la descentralización administrativa estriba en confirmar algunas actividades administrativas a órganos que guardan una relación que no es de jerarquía con la administración central; pero sin que dejen de existir, respecto de ellas, las facultades indispensables para conservar la unidad de poder<sup>44</sup>.

Si bien, el Presidente de la República no podría ejecutar por sí solo el complejo de las actividades administrativas, el Artículo 89 de la Constitución federal mexicana lo faculta para nombrar y crear los órganos auxiliares subordinados a él, concediéndole las siguientes facultades y obligaciones:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

II. Nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado, remover a los embajadores, cónsules generales y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes;

---

<sup>42</sup> Cfr. Roversi-Mónaco, Favio, *Diccionario de política*, dirigido Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, trad. de Raúl Crisafio y otros, México, Siglo XXI, 1981, t. A-J, p. 527.

<sup>43</sup> Se ha confundido la forma de Estado y la forma de gobierno. El Estado aparece como una persona jurídica titular de derechos y obligaciones, de acción interna y de acción internacional. Desde luego, el Estado aparece como la totalidad del orden jurídico sobre un territorio determinado, en la unidad de todos sus poderes y como titular del derecho de soberanía; mientras que, el gobierno es la encarnación personal del Estado, que se manifiesta por la acción de los titulares de los órganos, en general, se refiere al funcionamiento del Estado o conjunto de titulares de todos los poderes. Un gobierno, como conjunto de los órganos estatales, puede cambiar sin que se altere la forma de gobierno. Cfr. González Uribe, Héctor, *Teoría política*, 7ª. ed., México, Porrúa, 1989, p. 394 a 405.

La forma de gobierno, dice Bidart Campos, es uno de los elementos del Estado, la manera de organizar y distribuir las estructuras y competencias de los órganos que lo componen. Es el problema de quien ejerce el poder, o de quienes son los repartidores del régimen político. En cambio, la forma de Estado ya no es uno de sus elementos, sino la institución misma del propio Estado. Si el Estado es, en el orden de la realidad, un régimen dentro del cual se realiza un reparto, la forma de Estado es la manera de realizar ese mismo reparto; atañe pues, al problema de cómo se ejerce el poder. Cfr. Bidart Campos, Germán José, *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

<sup>44</sup> Cfr. Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 29ª. ed., México, Porrúa, 1990, p. 198.

Los Secretarios de Estado y los empleados superiores de Hacienda y de Relaciones entrarán en funciones el día de su nombramiento. Cuando no sean ratificados en los términos de esta Constitución, dejarán de ejercer su encargo...<sup>45</sup>

De lo anterior, el Presidente de la República como jefe jerárquico, desempeña la función ejecutiva y administrativa; siendo imposible que realice por sí solo todos los actos de la función administrativa, es necesario que cuente con un grupo de colaboradores quienes, mediante normas expresas, realizan determinadas actividades, debidamente dispuestas por la Constitución federal mexicana.

Es así como el Constituyente de 1917 previó la necesidad de crear las Secretarías y los Departamentos de Estado, con atribuciones político-administrativas, para la prestación de los servicios públicos, de acuerdo al Dictamen que del establecimiento de los órganos auxiliares de la Presidencia de la República, presentado en sesión ordinaria del 16 de enero de 1917, el cual indicó:

Para el desempeño de sus labores el Ejecutivo necesita de diversos órganos que atiendan las diferentes ramas de la Administración; estos órganos del Poder Ejecutivo son de dos clases, según la doble función de dicho Poder, el cual ejerce atribuciones meramente políticas, como cuando convoca al Congreso a sesiones, promulga una ley, o bien, solamente administrativas, referentes a un servicio público, por ejemplo la salud, la educación popular, y otros.

De aquí resulta el grupo de órganos ejecutivos que ejercen atribuciones únicamente políticas; y el grupo de los que administran algún servicio público, que en su funcionamiento nada tienen que ver en la política, resulta peligroso que se mezcle la política y el servicio público, porque los desvía de su objetivo natural, que es la prestación de un buen servicio.

Por esto ha parecido conveniente a la Comisión, que los órganos del Ejecutivo se constituyan según su sistema, en virtud del incremento del desarrollo de la vida social.

Al grupo de órganos políticos o político administrativos, pertenecen las Secretarías de Estado que conservan en el proyecto de la comisión, los mismos lineamientos generales que tenían en la Constitución de 1857, es decir, ser nombrados o removidos exclusivamente por el Presidente de la República, refrendando todo acuerdo, decreto, que expida el Presidente; los cuales no serán obedecidos sin la firma del Secretario respectivo.

Al grupo de órganos meramente administrativos, corresponde la creación de una nueva clase de entidades que se llamará Departamento Administrativo, cuyas fun-

---

<sup>45</sup> Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, vigente en 2017.



ciones en ningún caso, estarán ligadas con la política, sino que se dedicarán únicamente al mejoramiento de cada uno de los servicios públicos; dependerán directamente del Ejecutivo, no refrendarán los reglamentos y acuerdos relativos a su ramo, ni tienen la obligación, ni la facultad de concurrir a las Cámaras a informar, ni se les exige, constitucionalmente, cualidades determinadas para ser nombrados; el Presidente queda con el derecho de calificar sus aptitudes que deben ser, principalmente, de carácter profesional y técnico<sup>46</sup>.

Como consecuencia de esto, los Secretarios de Estado deben refrendar con su firma todo acuerdo o decreto expedidos por el Presidente de la República, teniendo además la obligación expresa de presentarse a las Cámaras a informar, cuantas veces sean requeridos para ello. Los jefes de Departamento de Estado no refrendarán los acuerdos o decretos del Presidente de la República, ni tienen la obligación de presentarse ante las Cámaras.

Estos organismos creados por el Constituyente no tuvieron el éxito que se esperaba, debido a que sus funciones eran exclusivamente técnicas, desviando así el objetivo principal que debe ser completamente independiente de la acción arbitraria de los gobernantes y de las influencias políticas.

Posteriormente, el problema se resolvió de acuerdo a la publicación del Diario Oficial de la Federación el 18 de noviembre de 1942, al reformar la fracción XXXI del Artículo 123 de la Constitución federal mexicana, en el que las empresas pudieran ser administradas en forma directa o descentralizada por el gobierno federal, presentándose por primera vez, el reconocimiento constitucional a los organismos descentralizados<sup>47</sup>.

Además, en el Diario Oficial de la Federación, el 31 de diciembre de 1947, el Ejecutivo publicó la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. *Diario de los debates*, Congreso Constituyente de 1917, México, 1922, t. II, pp. 345 a 355.

<sup>47</sup> Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 18 de noviembre de 1942, p. 2.

<sup>48</sup> Artículo 2°. Para los efectos de esta Ley, son organismos descentralizados, las personas morales creadas por el Estado, mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o por el Ejecutivo Federal en ejercicio de sus facultades administrativas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten y siempre que, además, satisfagan algunos de los siguientes requisitos:

- a) Que sus recursos hayan sido o sean suministrados en su totalidad o en parte por el Gobierno Federal, ya en virtud de participaciones en la constitución del capital, de aportación de bienes, concesiones o derechos, o mediante ministraciones presupuestales, subsidios, o por el aprovechamiento de un impuesto específico.
- b) Que su objeto y funciones propias, impliquen una atribución técnica especializada para la adecuada presentación de un servicio público o social, explotación de recursos naturales o la obtención de recursos destinados a fines de asistencia social. Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1947, p. 20.

De esta forma, las facultades otorgadas al jefe del Poder Ejecutivo fueron:

a) Facultad de mando, es la característica suprema del poder público; las órdenes, instrucciones y circulares, son mandatos autoritarios que guían el trabajo de los órganos administrativos inferiores.

El nombramiento del personal superior de las instituciones descentralizadas sufre diversas modificaciones: nombrar nuevo personal, así como proponer el que se estime necesario.

b) Facultad de vigilancia; permite a la autoridad administrativa central, conocer de los pormenores de los actos realizados por las autoridades inferiores, comprende a los actos de vigilancia de la autoridad central y los actos de las autoridades inferiores, que deben informar sobre su actuación, rendir cuentas, practicar visitas e inspecciones y comprobaciones directas.

El poder central delega los vínculos que le unen al ente público, pero vigila la actuación y la política de esos organismos, especialmente la actividad de carácter financiero.

Finalmente, en una Administración Centralizada, el órgano jerarca concentra todos los poderes de administración, los cuales se ejercen en la materia y dentro del territorio que delimita su competencia propia. Además, ejerce poderes de control sobre los órganos y funcionarios que le están subordinados, gracias a los cuales puede asegurar la unidad de acción del conjunto y rectificar los actos que aquellos hubieran realizado dentro del limitado margen en que pueden decidir.

Pero, en México existe la imposibilidad material de que el Ejecutivo realice por sí mismo todos los actos que requiere la administración; por lo que, se requiere atenuar la centralización y a descentralizar la organización administrativa en grado variable<sup>49</sup>.

Como se observa, el Estado con el fin de hacer adecuada su función, adopta el sistema de descentralización por virtud del cual hace la transferencia de administración a otros órganos, creándoles una personalidad jurídica<sup>50</sup> por una ley especial expedida por el Poder Legislativo, que les da autonomía orgánica, técnica y patrimonio propio, dejando al Ejecutivo el poder de vigilancia para mantener la unidad y el control.

En este sentido, otra característica esencial de los organismos públicos, radica en su patrimonio propio<sup>51</sup>, que nace como resultado de la personalidad jurídica y debe ser suministrado por el Estado, ya que sea en parte, o en su totalidad, suficiente para cubrir todos los gastos inherentes al servicio. Estos organismos reciben sus facultades del Estado, y es este quien ejerce el poder de vigilancia.

---

<sup>49</sup> Cfr. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1959, t. I. pp. 238 y 239.

<sup>50</sup> La personalidad jurídica se crea por un acto especial del Poder Legislativo, dándole vida jurídica a un organismo para que tenga capacidad de adquirir y ejercitar derechos y obligaciones.

<sup>51</sup> Se entiende como el conjunto de bienes, créditos y derechos, de una persona, su pasivo, deudas y obligaciones de índole económica. Cfr. Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho usual*, 5ª. ed., Buenos Aires, Ediciones Santillana, 1981, p. 250.

Cabe decir que, la forma de Estado es federal y la descentralización política se realiza a través de las entidades federativas; esta existe cuando las entidades territoriales tienen competencia legislativa, facultad normativa; de esta manera, coexisten dos órdenes jurídicos: un orden jurídico general válido para todo el territorio del país, elaborado con la participación de las entidades federativas, y órdenes jurídicos parciales, creados por autoridades diferentes a las nacionales, como son las autoridades de los Estados, válidos en su respectivo ámbito territorial; ambos órdenes jurídicos, el nacional o federal y el de los Estados, están determinados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Actualmente, la descentralización en sentido político, es un reconocimiento de las insuficiencias de la forma de Estado federal; el régimen federal no ha alcanzado hasta ahora la riqueza, el vigor y la trascendencia que se requiere.

## 2. *Concepto*

El término descentralización abarca múltiples conceptos y ámbitos, quizá provocando confusión; sin embargo, desde el punto de vista económico se entiende como la transferencia de actividades de esta índole fuera de las grandes urbes; en lo político se interpreta como la transferencia de atribuciones e instituciones federales a Estados y municipios.

Para el Maestro Andrés Serra Rojas, la descentralización es un procedimiento administrativo relativo a la organización de las entidades autónomas, en las cuales la facultad de decisión que corresponde a los órganos superiores, se transfiere a una entidad administrativa, estableciendo una relación jerárquica *sui generis*<sup>52</sup>.

Por su parte, Antonio Royo-Villanova señala que, la descentralización administrativa es la técnica de organización de un ente público, que integra una personalidad jurídica a la que se le asigna una limitada competencia territorial o aquella que parcialmente administra asuntos específicos, con determinada autonomía o independencia, y sin dejar de formar parte del Estado, el cual no prescinde de su poder político regulador y de la tutela administrativas<sup>53</sup>.

Por lo anterior, se puede decir que la descentralización administrativa, es la tendencia organizativa de la Administración Pública, conforme a la cual se confiere personalidad jurídica propia a ciertos entes a los que se otorga autonomía orgánica relativa, respecto del órgano central, para encargarles ciertas actividades administrativas; así, el organismo descentralizado puede ser creado por el Estado, por ley o decreto del Congreso; o bien, por decreto del titular del Poder Ejecutivo.

## 3. *Clasificación*

La descentralización administrativa implica la creación de personas jurídicas de derecho público, distintas al Estado y de la administración pública. Varios autores de Derecho Administrativo siguen diferentes criterios en la clasificación de la descentralización.

---

<sup>52</sup> *Derecho Administrativo*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1965, p. 575.

<sup>53</sup> *Elementos de Derecho Administrativo*, 23ª. ed., Valladolid, Santarén, 1955, p. 393.

León Duguit se refiere a la descentralización administrativa regional, la funcionalista, la patrimonial y la concesionada; Serra Rojas, al igual que André Buttgenbach<sup>54</sup>, admite la territorial o regional y la descentralización por servicio; Gabino Fraga distingue la descentralización por región, por servicio y por colaboración; finalmente, para Sayagués Laso existe la descentralización constituyente, descentralización legislativa y descentralización direccional.

Al igual que Duguit y Gabino Fraga, se considerará la clasificación de la descentralización administrativa en territorial o regional y por servicios<sup>55</sup>.

#### A) *Descentralización por región o regional*

La descentralización por región es una de las formas de la organización administrativa, cuya finalidad consiste en manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en determinada circunscripción territorial, llamada municipio.

Las regiones constituidas en el país se presentan con el municipio, teniendo cada uno de ellos facultades legislativas en lo relativo a su localidad, a través de la Asamblea Municipal, y facultades ejecutivas ejercidas por el Presidente Municipal, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 115 de la Constitución federal mexicana<sup>56</sup>.

#### B) *Descentralización por servicios*

En cuanto a la descentralización por servicio, se establece que es la forma de organización administrativa mediante la cual el Poder Legislativo crea el régimen jurídico de una persona de Derecho Público, con una competencia limitada y especializada, para atender determinadas actividades de interés general, por medio de procedimientos técnicos<sup>57</sup>.

Lo que quiere decir que, esta descentralización es un sistema que permite al Estado realizar servicios públicos de carácter técnico, por medio de organismos apolíticos, que funcionen fuera del sistema de jerarquización propio del régimen centralizado, debiendo tener personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía ante la Administración Pública, pudiendo el Estado ejercer sólo una tutela para conservar la unidad de poder.

---

<sup>54</sup> Cfr. Buttgenbach, André, *Manual de Droit Administratif*, Bruselas, Jarcíé, 1966, p. 103.

<sup>55</sup> Para el Maestro Gabino Fraga, la descentralización administrativa por región es la instauración de una estructura administrativa que se encarga de atender los intereses comunitarios de una población asentada en una circunscripción territorial determinada; *op. cit.*, p. 218.

Tanto Duguit como André Buttgenbach, señalan que la descentralización administrativa por región consiste en confiar a las autoridades públicas regionales o locales, autónomas respecto del poder central, la administración de un conjunto de intereses regionales o locales, reconociéndoles el derecho de crear a este respecto, los servicios que juzguen necesarios. Cfr. Buttgenbach, André, *op. cit.*, p. 104.

<sup>56</sup> Cada municipio elegirá en forma directa a sus autoridades y administrará libremente su hacienda, formada por las contribuciones que señalen las legislaturas de los Estados. Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, vigente en 2017.

<sup>57</sup> Cfr. Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 575.

A su vez, los elementos de la descentralización por servicio, parten de la existencia de un servicio de orden técnico; de la participación de funcionarios, también técnicos, en la dirección del servicio; así como el control del gobierno ejercitado por medio de la revisión de la legalidad de los actos realizados por el servicio descentralizado; y finalmente, la responsabilidad personal y efectiva de los funcionarios<sup>58</sup>.

Este tipo de descentralización ha sido utilizada reiteradamente en México, por el gran número de organismos descentralizados creados tanto en el ámbito federal como local, muchos de ellos no por el Poder Legislativo sino a través de decreto del titular del Poder Ejecutivo.

La autonomía característica de la descentralización administrativa por servicio no impide que los órganos descentralizados queden sujetos a la tutela y vigilancia de la Administración Centralizada, es decir, del titular del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de estar sometidos a la vigilancia del Poder Legislativo por medio del órgano de fiscalización superior equivalente; dicha tutela y tal vigilancia son indispensables para evitar la arbitrariedad de los directores de los entes descentralizados.

Por otro lado, se ha dicho que el Estado adquiere mayor injerencia en la vida privada y como consecuencia, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en el ejercicio de la función administrativa, es decir, de una actividad desarrollada en interés del Estado; y dicha actividad en nombre de la organización privada<sup>59</sup>.

### **VIII. PROPUESTA**

Si bien, a pesar del desarrollo económico de México, la pobreza ha acompañado a su población y afecta casi al 40% de ella; muchas zonas rurales pobres del país sobreviven gracias a las remesas que se envían del extranjero, estas se han convertido en la segunda fuente de divisas por detrás del petróleo, aunque en ocasiones pasa a la inversa, y el país necesita redistribuirlas de manera justa.

Varios factores son los que intervienen para que se dé esta situación; como por ejemplo, el desempleo que vive la población en México; lo cual, desafortunadamente no es una situación reciente, hay que recordar lo que el expresidente Felipe Calderón manejó como su eslogan "el presidente del empleo"; aplicó un decreto de austeridad en el cual reducía su sueldo y el de sus Secretarios de Estado en un 10%, pero, en términos reales, representó la cantidad de \$4,799.00 menos de lo que percibiera el expresidente Vicente Fox a la quincena.

Además, inició el proyecto del primer empleo, eliminando las cuotas de los empresarios al Instituto Mexicano de Seguridad Social durante un año, cuando se contratara nuevo personal sin experiencia laboral previa y, por lo tanto, sin registro ante dicho Instituto.

---

<sup>58</sup> Cfr. Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 7ª. ed., México, Porrúa, 1958, p. 314 y 315.

<sup>59</sup> *Idem*.

En su gestión se redujo considerablemente el presupuesto para la educación, esperando contar con más recursos para contrarrestar el narcotráfico.

El desempleo ha sido una situación abierta en México, se incrementa y se pierde el control, a pesar de que se hacen estudios comparativos con periodos anteriores para tratar de evitar caer en los mismos errores, pero la realidad supera cualquier estadística<sup>60</sup>.

Con la política económica actual se han agravado las condiciones de desempleo que vive la población; en virtud de que hace lo contrario a lo que la teoría económica dicta cuando se tienen niveles altos de desempleo: disminuye la demanda global, sube impuestos y permite tasas de interés sumamente altas para las condiciones del país.

En el periodo que lleva al frente esta nación, no solo no se han incrementado el número de trabajadores con acceso a seguridad social, sino que ha sufrido una ligera disminución del orden de los 13 mil. A pesar de que la seguridad social en los trabajos dignos son un garante constitucional, el Estado confiere esta obligación a los empresarios, siendo los más ricos quienes se olvidan de ella, contratando vía *outsourcing*, y los inversionistas más pobres, quienes no pueden costearla, les representa un 30% de gasto adicional a los sueldos que pagan a los trabajadores<sup>61</sup>.

Así, mientras la teoría económica refiere a la disminución de impuestos para aumentar el consumo, en México se busca hacer exactamente lo contrario, incrementando y tratando de generalizar impuestos; considerando que las tasas de interés bancarias son sumamente altas comparadas con el desarrollo del país, también se castiga la inversión.

Pero, ¿por qué habría de ser una preocupación el desempleo en México?, si la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos señaló en 2012<sup>62</sup>, 2013, 2014, 2015, 2016 y lo que va de este año, lo variable de la tasa de desempleo, y precisamente, se destaca lo falaz de su cálculo, porque no se menciona la forma en la que esa tasa se calcula.

En este orden, el aumentar el gasto público por parte del gobierno es una buena medida que contribuye a combatir el desempleo; siempre que se realice de manera ordenada y eficiente; sin embargo, el Instituto Mexicano para la Competitividad señaló que del 2000 al 2010, el Ejecutivo Federal incrementó su gasto cerca del 200%, el Poder Judicial en 127% y el Poder Legislativo en 53%. También, de 2000 a 2007, los municipios incrementaron su gasto en servicios personales en 68%, mientras que los Estados lo hicieron en 29%.

Empero, el problema radica en que 6 de cada 10 pesos son destinados a salarios, es decir, el aumento presupuestal en gasto corriente es muy superior al que se hace en

<sup>60</sup> Periódico *El Economista*, 3 de abril de 2016.

<sup>61</sup> Cfr. Periódico *Los Ángeles*, 6 de mayo de 2013.

<sup>62</sup> En julio y agosto pasado, la tasa de desempleo en nuestro país aumentó, pasando del 4.7% a un 5%, según las cifras señaladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Cfr. *noticias.universia.net.mx*.



inversiones; en otras palabras, la mayor parte del presupuesto gubernamental no genera riqueza, ya que, el salario de los altos funcionarios, que son minoría, no es en nada similar al de los restantes, que por ende son la gran mayoría; los organismos descentralizados creados contribuyen al aumento de la burocracia, y en ocasiones se aprecia una duplicidad de funciones; el aparato gubernamental es desproporcionado frente al crecimiento de la producción y el empleo, siendo un aliciente importante para generar mayor pobreza y menor desarrollo<sup>63</sup>.

Ahora bien, el desempleo se encuentra íntimamente vinculado a la pobreza; tan solo el 19% de los mexicanos no es pobre ni es vulnerable a serlo por carencia de servicios, tal y como lo señala el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (conocido por sus siglas como CONEVAL); empero, los mexicanos que son pobres (11.7 millones) y la nueva modalidad de los mexicanos en pobreza extrema, definitivamente no presenta un panorama alentador.

La pobreza provoca con su desigualdad que el desarrollo sea lento, pues quienes viven bajo esas condiciones buscan la supervivencia, más allá de generar valores agregados que generen riqueza a la nación.

Es preciso decir que hay una eterna discusión y existen varias argumentaciones de que la labor del gobierno no reside únicamente en intervenir en cuestiones relacionadas con la administración de justicia y la seguridad, o bien, cuestiones económicas; sino además, la optimización de la administración de esos recursos.

Se ha dicho que, México es una nación fuerte que cuenta con una gran diversidad de recursos naturales, importantes extensiones de tierra para la agricultura, sin olvidar lo relevante de la minería y la ganadería; desafortunadamente no se les ha dado el impulso y el desarrollo adecuado.

Ahora bien, se considera que la política fiscal-financiera y económica ha sido disfuncional, toda vez que, aún con la descentralización administrativa actual, no se ha garantizado una eficiencia y equidad que permita mejorar las oportunidades, y contribuir a que la población tenga un empleo digno.

En los últimos años se agregan varios factores que han provocado una constante en las crisis económicas que ha vivido la población; no obstante, no se encuentra razón alguna (jurídica, política o económica) que impida una completa descentralización administrativa, esto es, que exista la imposibilidad de que otra entidad federativa pueda ser sede de una Secretaría de Estado federal.

Lo cual quiere decir, que de existir una verdadera descentralización administrativa, puede generar que se proporcione atención a ciertas prioridades nacionales como el combate a la pobreza, reducción de la desigualdad laboral, fomento a la competitividad y crecimiento económico; siempre y cuando ello se realice con transparencia; finalmente

---

<sup>63</sup> Cfr. Periódico *Los Ángeles*, 6 de mayo de 2013.



establecer evaluaciones en las que se respete en todo momento la autonomía de las entidades en las cuales se encuentre funcionando la Secretaría de Estado respectiva.

Ahora bien, ¿cómo realizar lo anterior? En un primer punto, se propone la reforma a los Artículos 10 y 11, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; que actualmente establecen:

Artículo 10. Las Secretarías de Estado tendrán igual rango y entre ellas no habrá, por lo tanto, preeminencia alguna. Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo del Presidente de la República, la Secretaría de Gobernación coordinará las acciones de la Administración Pública Federal para cumplir sus acuerdos y órdenes.

Artículo 11. Los titulares de las Secretarías de Estado ejercerán las funciones de su competencia por acuerdo del Presidente de la República

Para quedar de la siguiente manera:

Artículo 10. Las Secretarías de Estado tendrán igual rango y entre ellas no habrá, por lo tanto, preeminencia alguna. *Su ubicación geográfica la establecerá el Ejecutivo Federal a través de decreto.* Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo del Presidente de la República, la Secretaría de Gobernación coordinará las acciones de la Administración Pública Federal para cumplir sus *decretos* y órdenes.

Artículo 11. Los titulares de las Secretarías de Estado ejercerán las funciones de su competencia por *decreto* del Presidente de la República.

Por lo anterior, se podrá llevar a cabo una redistribución administrativa que capte recursos para las diferentes entidades locales, y se priorice la equidad y se excepcione la desigualdad.

De esta manera, los efectos que se puedan generar por esta propuesta, se vincularán con los aspectos de la actividad financiera descritos, en un primer momento el aspecto económico con la existencia de una redistribución del ingreso, en virtud de que la población del país tendrá empleo en diferentes sitios del país y la pobreza que la aqueja podrá disminuir y, por qué no, la coordinación fiscal pueda cambiar.

En este sentido, la naturaleza política de los poderes de los que aparece investido el Estado cubrirán los fines que se desarrollan a través de la actividad financiera, vinculados con el aspecto jurídico, y de manera concreta con el Derecho Financiero, que constituye la exigencia del Estado de Derecho; manifestado por medio de la administración optima de los recursos; a fin de que el aspecto social que se manifiesta en el pago de tributos, permita al Estado contar con los recursos públicos suficientes que cubran la demanda de la población por mejores servicios y se observe el incremento en el nivel de vida a través del empleo.

En último lugar, el aspecto que se agrega, en el sentido de que la economía mexicana se pueda fortalecer a nivel comercial, primero a nivel interno, y posteriormente internacional.

En efecto, con la reforma se modificarían las reglas, generando un gobierno fuerte con capacidades efectivas para gobernar dentro de un esquema de equilibrio en la distribución territorial, es decir, se modificaría la situación de las finanzas públicas en México, con el fomento al crecimiento económico y el empleo.

Asimismo, establecer nuevas facultades a las entidades federativas a las que sean sede de la descentralización administrativa que permitirá fortalecer la economía de cada una de ellas, así como el nivel de vida de la población.

Además, para la asignación de las Secretarías de Estado en las diferentes entidades se han considerado ciertas características, como la situación territorial, la ubicación geográfica, el clima, la población; igualmente, la base de su economía y los atractivos turísticos.

De esta manera, se podría considerar la asignación geográfica de las Secretarías de Estado de la siguiente manera:

- Secretaría de Gobernación en el Distrito Federal, Ciudad de México;
- Secretaría de Relaciones Exteriores en Sonora;
- Secretaría de la Defensa Nacional en San Luis Potosí;
- Secretaría de Marina en el Estado de Guerrero;
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público en Puebla;
- Secretaría de Desarrollo Social en Campeche;
- Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales en Chiapas;
- Secretaría de Energía en Nuevo León;
- Secretaría de Economía en Veracruz;
- Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación en Michoacán;
- Secretaría de Comunicaciones y Transportes en Durango;
- Secretaría de Educación Pública en Querétaro;
- Secretaría de Salud en el Estado de México;
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social en Oaxaca;
- Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano en Tamaulipas;
- Secretaría de Cultura en Tabasco;
- Secretaría de Turismo en Chihuahua;

Ahora bien, con el objeto de llevar a un plano práctico esta propuesta, se toma de forma indistinta al Estado de Chihuahua, en relación con el cual se describe la posibilidad de situar ahí la Secretaría de Turismo, misma que fue elegida al azar, sin realizar una descripción total de la propuesta, es decir, de todas las Secretarías; en virtud de que la extensión de este trabajo no permitiría desarrollar de manera completa todas las posibles asignaciones.

En este orden, es preciso decir que el 18 de noviembre de 2016 se presentó la iniciativa al Congreso del Estado de Chihuahua, por la Diputada Patricia Jurado Alonso, legisladora por el Distrito 01, para la creación de la Secretaría de Turismo, toda vez que, se informó que la entidad es uno de los pocos Estados en el país que no tiene este tipo de Secretaría, y que el rango de Dirección con el que cuenta actualmente la dependencia le resta operatividad y capacidad de gestión, lo que limita explotar su potencial turístico.

Según la exposición de motivos presentada, elevar el rango de la Dirección de Turismo al de Secretaría, traería grandes beneficios para la economía estatal, ya que es una dependencia que, por su naturaleza, tiene la capacidad de multiplicar el presupuesto que se invierte en ella, de acuerdo a los datos de la actual Dirección de Turismo. No obstante, aun en las condiciones en las que se trabaja actualmente, esta actividad económica aporta el 4.2% del Producto Interno Bruto Estatal, lo que la ubica en el cuarto lugar en importancia, solamente por debajo de los servicios, la industria manufacturera y el comercio<sup>64</sup>.

Así, al dotar de mayores atribuciones y facultades a la dependencia, se podría aumentar la derrama económica y que esta se vea reflejada de manera justa en los 35 municipios que han sido identificados con entorno turístico.

Si bien, Chihuahua cuenta con importantes destinos turísticos, reconocidos a nivel nacional e internacional, como la Sierra Tarahumara y el corredor arqueológico de la cultura Casas Grandes, la zona de este tipo más importante del norte de México, se encuentran algunos otros polos sin aprovechar; los cuales también pudieran verse beneficiados con la creación de una Secretaría especializada en la materia.

Cabe señalar, hace 3 años que fue aprobada la Ley de Turismo del Estado de Chihuahua y todavía no se ha elaborado el reglamento correspondiente para su aplicación<sup>65</sup>.

Es importante decir que, en seguimiento a la iniciativa presentada el pasado mes de noviembre del 2016, es el momento oportuno para vincularse a este proyecto de descentralización administrativa y solicitar al Ejecutivo un análisis financiero para ver la posibilidad de asignar la Secretaría y cuál sería el posible presupuesto con el que podría contar.

En este sentido, si se sigue como punto de partida el presente sexenio y de forma concreta la asignación de presupuesto para el Estado de Chihuahua en el sector turístico, es preciso decir que al sector denominado "Desarrollo Regional", el cual se encuentra integrado, entre otros organismos estatales, por el Fideicomiso de Promoción y Fomento de las Actividades Turísticas, encargado de llevar a cabo la actividad turística del Estado, el mismo queda descrito de la siguiente manera:

---

<sup>64</sup> Cfr. Periódico *La Noticia Digital*, 18 de noviembre de 2016, Chihuahua.

<sup>65</sup> Cfr. Periódico *Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de Chihuahua*, 16 de mayo del 2012.

**Presupuesto**  
**Capítulo II**  
**De las Erogaciones**

Artículo Séptimo: El Presupuesto de Egresos del Gobierno del Estado de Chihuahua, para el ejercicio fiscal correspondiente.

<b>CHIHUAHUA</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>
Fecha de publicación del Presupuesto de Egresos, en el Periódico del Estado	26-12-2012	26-12-2013	20-12-2014	23-12-2015	31-12-2016
Presupuesto	\$50,174,631,589	\$53,800,000,000	\$58,000,000,000	\$62,000,000,000	\$61,954,630,000
Eje de Desarrollo Regional	\$17,038,419,570	\$18,595,848,758	\$18,863,213,849	\$18,515,037,421	\$14,149,144,938
Fideicomiso	\$28,975,000	\$28,975,000	\$31,350,000	\$47,050,000	\$47,500,000

Como se observa del cuadro anterior, el presupuesto otorgado de forma anual al Estado de Chihuahua, se ha incrementado año con año, para llevar a cabo el desarrollo turístico de la entidad.

Por lo descrito anteriormente, se pretende que con la reforma se favorezca el aspecto de la economía, en cuanto a mejorar la eficiente asignación de los recursos y promover el crecimiento económico del país; con lo que, quizá se afectaría positivamente la recaudación y tal vez, generar otras reformas relevantes que promuevan el desarrollo económico e indirectamente se mejore la situación de las finanzas públicas.

Además, permitirá canalizar recursos económicos para la construcción de infraestructura, liberando al gobierno federal de presiones presupuestales y relajar las restricciones fiscales de diversas Secretarías de Estado.

Por lo anterior, se propone abandonar la noción de que las finanzas públicas constituyen un asunto aislado, adoptándose la visión de que corregir otros aspectos de la economía mexicana tendría el efecto de mejorar la situación hacendaria del país.

Se puede decir, que las propuestas señaladas son valiosas en cuanto a que abarcan diversos ámbitos de las finanzas públicas: los ingresos y gastos públicos; así como, la descentralización territorial de la administración; fomentar el empleo en el país y distribuir mejor el ingreso, a fin de contrarrestar la pobreza que sufre la población; considerando la incorporación de ciertos ajustes para que las variables económicas que influyen en el comportamiento de las finanzas públicas generen resultados óptimos.

## **IX. CONCLUSIONES**

1. Para obtener una descentralización efectiva de las finanzas públicas, no tan solo se requiere de la buena voluntad de la población, sino que también el Estado tome la decisión.

2. La correcta administración de los recursos, dentro del marco jurídico, político, económico, social e internacional, llevaría a lograr objetivos de orden público y se traducirían en bienestar social, como la función fundamental del Estado, cuya complejidad para lograrlos, requiere de un esfuerzo en conjunto por parte de este y de la población.

3. Se requerirán cambios económicos efectivos, toda vez que cubrir las necesidades de la población no resultará sencillo, ya que la obtención de los recursos se hará en coordinación con las entidades federales que sean sede de alguna Secretaría de Estado.

4. Resulta indispensable fortalecer las finanzas públicas del Estado y una descentralización efectiva de su administración pública, lo que puede generar en la población la aplicación equitativa de esas finanzas.

5. Si se considera la reforma administrativa, las políticas públicas se aplicarían de manera distinta, la población tendría mayor oportunidad de emplearse en su entidad y se presentaría un equilibrio en su ingreso económico.

6. La reforma debe orientarse al desarrollo de un sistema de descentralización administrativa que brinde solidez y permanencia a las fuentes de ingreso, que ofrezca flexibilidad frente a los retos que impone el manejo de las finanzas públicas, sin que esto entorpezca la capacidad de crecimiento económico y la creación de empleos bien remunerados.

## X. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

- ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo, *Derecho Fiscal*, México, Themis, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán José, *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ediar, 1996.
- BORKENAU PARETO, Franz, New York, John Wiley & Sons, 1936.
- BUTTGENBACH, André. *Manual de Droit Administratif*, Bruselas, Jarcíé, 1966
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho usual*, 5ª. ed., Buenos Aires, Ediciones Santillana, 1981.
- DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 18ª. ed., México, Porrúa, 2000.
- Diccionario de la Lengua Española*, 22ª. ed., Madrid, Real Academia Española, 2001.
- FLORES ZAVALA, Ernesto, *Elementos de finanzas públicas mexicanas*, 33ª. ed., México, Porrúa, 2001.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 29ª. ed., México, Porrúa, 1990.
- GIANNINI, Achille Donato, *Elementi di Diritto Finanziario*, Milano, Giuffrè, 1945.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, 7ª. ed., México, Porrúa, 1989.
- GRIZIOTTI, Benvenuto, *Principios de política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*, 2ª. ed., trad. de Enrique R. Mata, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958.
- MANDELBROT, Benoit, *The (mis) behavior of markets: a fractal view of risk, ruin, and reward*, Nueva York, Editor Richard L Hudson, 2004, Basic Books.
- MARSHALL, Alfred, *Principios de economía; un tratado de introducción, natura non facit saltum*, 2ª. ed., trad. de Emilio De Figueroa, Madrid, Aguilar Ediciones, 1954.
- MUSGRAVE, Richard, *Teoría de la hacienda pública*, trad. de José María Lozano Irueste, Madrid, Aguilar Ediciones, 1969.
- PONCE GÓMEZ, Francisco y PONCE CASTILLO, Rodolfo, *Derecho Fiscal*, 3ª. ed., México, Editorial Banca y Comercio, 1998.
- PUGLIESE. Mario, *Instituciones de Derecho Financiero*, México, Porrúa, 1976.
- RÍOS ELIZONDO, Roberto, "El presupuesto de egresos", *Estudios de Derecho Público contemporáneo*, México, UNAM-FCE, 1972.
- ROVERSI-MÓNACO, Favio, *Diccionario de política*, dirigido Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, trad. de Raúl Crisafio y otros, México, Siglo XXI, 1981, t. A-J.
- ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, 23ª. ed., Valladolid, Santarén, 1955.
- SÁINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, vol. 1.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Mayolo. *Derecho Tributario*, 3ª. ed., México, Cárdenas Editor, 2002.  
SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1959, t. I.  
SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª. ed., Montevideo, D.H. Martins, 1974.  
SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1965.  
VILLEGAS B., Héctor, *Manual de finanzas públicas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000.  
WONNACOTT, Paul y WONNACOTT, Ronald, *Economía*, México, McGraw-Hill, 1992.

## 2. Legislación

*Código Fiscal de la Federación*, 2017.

*Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*, 2017.

*Ley de Ingresos de la Federación*, 2017.

*Ley de Planeación*, 2017.

*Ley Federal de Deuda Pública*, 2017.

*Ley Federal de las Entidades Paraestatales*, 2017.

*Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*, 2017

*Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, 2017.

*Ley General de Bienes Nacionales*, 2017.

*Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, 2017.

## 3. Otros

*Diario de los debates*, Congreso Constituyente de 1917, México, 1922, t. II.

*Diario Oficial de la Federación*, 18 de noviembre de 1942.

*Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1947.

*Diario Oficial de la Federación*, 18 de julio de 2016.

*Periódico Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de Chihuahua*, 16 de mayo del 2012.

*El Economista*, 3 de abril de 2016.

*Los Ángeles*, 6 de mayo de 2013.

*La Noticia Digital*, 18 de noviembre de 2016.

## 4. Sitios de Internet

<http://definicion.de/déficit-presupuestario>.

<http://definicion.de/finanzas-publicas>.

<http://noticias.universia.net.mx>.

<http://chihuahua.gob.mx>.





## RECONSTRUYENDO EL TÉRMINO DE MUERTE ENCEFÁLICA EN EL ARTÍCULO 343 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Aida del Carmen SAN VICENTE PARADA<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Concepto de muerte encefálica, en relación con el Artículo 343 de la Ley General de Salud.* III. *Enfoque biológico de la muerte encefálica.* IV. *La extinción de la persona en el ámbito jurídico.* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de información.*

### RESUMEN

El estudio de la muerte, como acontecimiento de la naturaleza que da lugar a diversas consecuencias jurídicas, resulta de especial interés y trascendencia para el Derecho. Como acontecimiento biológico, la ley se ve en la imperiosa necesidad de recurrir a la literatura médica para legislar la extinción de la vida humana de manera adecuada, con el objetivo de brindar seguridad y certeza jurídica. A continuación se plantea un análisis detallado de la redacción de los Artículos 343 a 345 de la Ley General de Salud, en relación con el concepto de muerte encefálica en el ámbito de la Medicina y la Biología.

### PALABRAS CLAVE

Muerte encefálica. Coordinación. Autointegración. Tallo cerebral. Personalidad jurídica.

### ABSTRACT

The study of death as a natural event, which gives rise to different legal consequences, has particular interest and importance to the law. Like a biological event, the law is in urgent need for medical literature to legislate the extinction of human life properly, in order to provide security and legal certainty. Following a detailed analysis of the Articles 343 to 345 of General Health Law in relation to the concept of brain death in the field of medicine and biology.

### KEY WORDS

Brain death. Coordination. Brainstem. Self-integration. Legal personality.

### I. INTRODUCCIÓN

La ciencia médica está inmersa en un constante devenir, esto quiere decir, que su progreso es constante y que el mismo no se despliega linealmente, sino más bien de manera espiral, debido a que deja de ser para ser; lo anterior se debe al desarrollo exponencial

---

<sup>1</sup> Licenciada y Maestra en Derecho por la UNAM, con estudios en Pedagogía por la Facultad de Filosofía y Letras. Recipientaria de la Medalla Alfonso Caso 2014. Catedrática de Derecho Civil en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente cursando el programa de Doctorado en Derecho de la UNAM.

de la tecnología, la cual se ha convertido a partir del siglo XX en la aliada indiscutible de la ciencia médica al permitirle dominar los fenómenos clínico-biológicos. Es menester mencionar que el conocimiento científico es falsificable, no hay por consiguiente verdades absolutas en la ciencia, lo que ayer era el conocimiento más sofisticado y reciente en unos meses puede ser completamente obsoleto.

Los nuevos conocimientos y aplicaciones tecnológicas permiten la perenne construcción de los criterios y conceptos médicos, en este caso haremos referencia especial en torno a la extinción de la vida. De conformidad con la historia del término médico –se partirá desde su concepción, a mediados del siglo XX–, la muerte era definida por el paro cardíaco irreversible<sup>2</sup>, sin embargo con la aplicación de la reanimación cardiopulmonar, el concepto colapsó; de igual forma sucedió con el criterio basado en la ausencia espontánea de respiración, mismo que perdió sentido parcialmente con el uso del ventilador automático en los pacientes. Bajo esa tesitura, en 1971, Mohandas y Chou describen el daño del tronco cerebral como el componente crítico y fundamental del daño cerebral severo. Siguiendo este criterio, en 1976, la Conferencia de Colegios Médicos y sus Facultades del Reino Unido estableció, en lo que se conoce como Código del Reino Unido, que la muerte cerebral se define como la pérdida total e irreversible de la función del tronco encefálico<sup>3</sup>.

Con el objetivo de alcanzar una definición médicamente autorizada, que permitiera obtener certidumbre legal ante los avances de la ciencia y la medicina, el concepto cambió a muerte cerebral. En 1981, el Presidente Ronald Reagan de los Estados Unidos de América, fue el primero en formar una comisión especial en el Senado de ese país llamada: *Defining Death: Medical, Legal, and Ethical Issues in the Determination of Death*, cuyo cometido fue fijar los criterios que aprobaran determinar la muerte cerebral; y después de recibir los testimonios de expertos en diversas disciplinas y ciencias como la Medicina, la Filosofía, la Teológica y de la ley, se acordó que una persona puede ser declarada muerta sobre las bases de la cesación irreversible de las funciones respiratoria y circulatoria, o la cesación irreversible de todas las funciones cerebrales incluyendo el

---

<sup>2</sup> La reanimación cardíaca puede salvar pacientes después de periodos de asistolia que duran varios minutos. Las máquinas de derivación cardiopulmonar permiten que el latido cardíaco cese por varias horas con recuperación clínica completa después de la reanimación... Tales avances han permitido a muchos pacientes con enfermedades cardíacas, pulmonares y neuromusculares, que antes eran fatales, recuperarse y regresar a una vida relativamente plena y útil, pero han hecho que el cese del latido cardíaco no sea una definición adecuada de muerte. El resultado ha sido el cambio en el énfasis al definir muerte, hacia el cese de la función cerebral. Cfr. Plum, Fred, y Posner, Jerome B., *Estupor y coma*, 2ª. ed., trad. de Jorge González Ramírez, México, El Manual Moderno, 1982 p. 365.

<sup>3</sup> *Muerte encefálica, bioética y trasplante de órganos*, Grupo de Estudios sobre Muerte Encefálica, de las Sociedades Chilenas de Nefrología y de Trasplante, [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872004000100016](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872004000100016), 15 de septiembre de 2016.

tallo cerebral<sup>4</sup>. A partir de ese entonces, el término aceptado por la ciencia médica es muerte cerebral o encefálica; en México, el término se encuentra legislado en el Artículo 343 de la Ley General de Salud.

El objetivo del presente artículo es explicar las causas y principios que definen a la muerte encefálica a la par de explicar la redacción de los Artículos 343, 344 y 345 de la Ley General de Salud, de conformidad con la trascendencia social del tema, ya que el mismo es parte de la construcción cultural que enmarca el fin de la vida y la extinción de la persona. De esta forma el artículo recoge los estudios más recientes acerca de la muerte en el campo de la medicina, con especial referencia al *Symposium on the Definition of Death*, llevado a cabo en la Universidad Católica de América, en julio de 2014, cuyas conferencias fueron recogidas en la edición de julio de 2016 del *Journal of Medicine and Philosophy*. El objetivo es analizar el marco legal actual para armonizarlo, mediante un estudio interdisciplinario, con los criterios de la ciencia médica, así como reflexionar acerca de la extinción de la personalidad en la vida jurídica, partiendo del concepto de persona, misma que mediante la personalidad jurídica que le adjudica el Derecho, lleva a cabo actos jurídicos que se traducen en conductas cuyos efectos serán patentizados por el Derecho.

Para los efectos de este artículo se hablará, indistintamente, de muerte cerebral y muerte encefálica, en virtud de que los términos hacen referencia al encéfalo y a la función integradora que el mismo lleva a cabo. El encéfalo se compone de cerebro (parte principal del encéfalo comprende hemisferios cerebrales y el diéncéfalo), cerebelo (situado en la parte dorsal al puente y parte posterior del cerebro) y tronco o tallo cerebral (médula oblongada, puente y mesencéfalo), que se aloja en la cavidad craneal<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. Plum, Fred, y Posner, Jerome B., *Estupor y coma, op. cit.*, nota 2, pp. 377-379.

Para facilitar la lectura, es importante conceptualizar, que el tallo cerebral se compone por tres regiones: médula oblongada, puente y mesencéfalo; su función es conectar a la médula espinal con el cerebro medio, es el paso o vía de comunicación entre vías sensoriales motoras, tanto especiales como generales, aferentes y eferentes (las neuronas que transportan los impulsos nerviosos hacia los músculos o glándulas, son conocidas como eferentes y las neuronas responsables de transportar los impulsos nerviosos que provienen de los órganos sensoriales como la nariz, la lengua, hacia el sistema nervioso central).

También se le conoce como tronco encefálico y tiene tres funciones: 1. Sirve como conducto para los tractos ascendentes (conducen información de los órganos sensoriales: dolor, temperatura, tacto, y de los músculos y articulaciones) y los tractos descendentes (vinculados a movimientos voluntarios), mismos que conectan con la médula espinal. 2. Contiene centros reflejos importantes asociados con el control de la respiración y el sistema cardiovascular; también se asocia con el control de la conciencia. 3. Contiene los núcleos importantes de los nervios craneales. Cfr. Snell, Richard S., *Neuroanatomía Clínica*, 5ª. ed., trad. de Diana S. Klajn, Buenos Aires, Médica Panamericana, 2003, pp. 145, 156 y 189.

<sup>5</sup> Cfr. Moore L., Keith, y Dalley F., Arthur, *Anatomía con orientación clínica*, 4ª. ed., trad. de Ignacio Navascúes Benlloch, México, Médica Panamericana, 2004, pp. 904-906.

De tal manera, el cerebro es una parte del encéfalo, sin embargo en la literatura médica en inglés –de la cual se sirve la autora para desarrollar las siguientes líneas–, la muerte encefálica se traduce como muerte cerebral. Ello no implica que la definición de muerte grave en torno a la vulneración o daño de las funciones de los hemisferios cerebrales y al diencéfalo, ya que el daño en estas áreas usualmente da como resultado un estado vegetativo persistente<sup>6</sup>, mismo que no es igual a muerte encefálica. En este caso, la literatura médica en inglés se refiere al cerebro como sinónimo de encéfalo, ya que considera que la falla irreversible en el mismo da como resultado la muerte encefálica; el término muerte cerebral para ellos aglutina la función o actividad total del encéfalo como órgano que integra y estructura las funciones para producir una respuesta multifacética, como a continuación se detallará. No omito señalar que el término adecuado en español es muerte encefálica.

## II. CONCEPTO DE MUERTE ENCEFÁLICA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 343 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Abundantes datos clínicos demuestran que el daño intenso al cerebro puede destruir por completo la función del órgano y su capacidad de recuperación, aun cuando otras partes del cuerpo permanezcan vivas<sup>7</sup>. Es decir, que el cuerpo puede continuar con ciertas funciones (sobre todo las más primitivas, como los reflejos) de forma coordinada y autónoma, mas carente de integración como organismo humano, ya que como veremos en líneas adelante, el cerebro es el encargado de integrar las funciones y la información que todo el organismo le suministra para emitir una respuesta que muchas veces es múltiple y variada. Así, cuando hay muerte cerebral el organismo pierde esta capacidad y opera de forma aislada ante estímulos específicos<sup>8</sup>.

Ocurre muerte cerebral cuando el daño al cerebro es *irreversible*, tan extenso que el órgano ya no dispone de potencial para la recuperación y no puede mantener la homeostasis interna del cuerpo<sup>9</sup>, por ejemplo la función respiratoria normal o cardiovascular, el control normal de la temperatura, la función gastrointestinal regular, y así sucesivamente. Aunque los dispositivos mecánicos pueden preservar a los órganos periféricos, por cierto

<sup>6</sup> En el estado vegetativo persistente hay una grave pérdida de las funciones mentales, pero se conservan las funciones autómatas o vegetativas del sujeto como nutrición, transporte y excreción. Es decir, en el estado vegetativo persistente hay presencia de funciones y de actividad cerebral porque no hay daño en el tallo cerebral, el mismo está intacto y permite la autointegración. En cambio, en la muerte encefálica, hay ausencia total de respuesta por parte del tallo cerebral.

<sup>7</sup> Cfr. Plum, Fred, y Posner, Jerome B., *Estupor y coma, op. cit.*, nota 2, pp. 365.

<sup>8</sup> En esa misma línea de pensamiento: mientras la comunicación entre las células puede producir una respuesta biológica coordinada ante un estímulo o señal específica, no representa ninguna repercusión en la función integradora que caracteriza a un ser humano vivo; Condic, Maureen, "Determination of death: A scientific perspective on biological integration," *Journal of Medicine and Philosophy*, Utah, vol. 41, abril de 2016, pp. 257-278.

<sup>9</sup> La homeostasis –en el lenguaje técnico médico– se traduce como equilibrio del organismo.

tiempo, un cuerpo que está *cerebralmente muerto*<sup>10</sup> desarrollará, a pesar de cuidados muy meticulosos, insuficiencia de la circulación general en unos cuantos días, o rara vez en varias semanas y el latido cardíaco cesará. Que el cerebro haya estado muerto por algún tiempo antes del cese del latido cardíaco se atestigua por el hecho de que el órgano en tales casos por lo regular está autolizado<sup>11</sup> cuando se examina *post mortem*<sup>12</sup>.

La muerte cerebral o encefálica, de conformidad la ciencia médica, es la expresión clínica final de la insuficiencia neurológica completa e irreversible. Se expresa como la falta de actividad cerebral y la ausencia de reflejos en el tallo cerebral. Para determinarla se utiliza el electroencefalograma, con el objetivo de detectar ondas eléctricas en el cerebro, es decir, actividad cerebral; o el estudio de Doppler Transcraneal<sup>13</sup> para obtener registro del flujo cerebral o de irrigación de sangre al cerebro.

---

<sup>10</sup> A diferencia de la muerte del cerebro, en la cual los hemisferios cerebrales y el tallo cerebral sufren pérdida de su vitalidad, la patología de los estados vegetativos persistentes crónicos con frecuencia se limita a los hemisferios cerebrales y solo en ocasiones incluye áreas focales del tallo cerebral. *Ibidem*, p. 366.

<sup>11</sup> La autólisis se traduce en la muerte celular. Autolizado viene de la palabra autolisis (del griego autos, de sí mismo y lyein, disolver). Significa: 1. Suicidio; y 2. Sinónimo: autofagia, autoproteolisis. Autodigestión de un órgano, de un tejido o de una célula abandonado a sí mismo y que conduce a su destrucción, bajo la influencia de fermentos proteolíticos propios a este órgano, a este tejido o a esta células, independientemente de toda intervención exterior a él. La liberación de las enzimas contenidas en los lisosomas es un factor de autólisis celular; *Diccionario médico*, [http://www.portalesmedicos.com/diccionario\\_medico/index.php/Aut%C3%B3lisis](http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php/Aut%C3%B3lisis), 15 de septiembre de 2016.

La autólisis es, en Medicina, el acto de poner fin a su vida voluntariamente. En Biología, la autólisis celular es el proceso de autodestrucción celular que conduce a la degradación de un tejido o de un órgano; <http://salud.ccm.net/faq/12661-autolisis-definicion>, 15 de septiembre de 2016. Autodestrucción de los tejidos orgánicos por los enzimas que ellos mismos contienen; <http://www.wordreference.com/definicion/autolisis>, 15 de septiembre de 2016.

<sup>12</sup> *Cfr.* Kramer, W., "From reanimation to deanimation (intravital death of the brain during artificial respiration)"; Plum, Fred, y Posner, Jerome B., *Estupor y coma*, op. cit., nota 2, pp. 365-366.

<sup>13</sup> Debe su nombre al austríaco Christian Andreas Doppler, el estudio de ecografía permite determinar el flujo de sangre que pasa a través de las arterias y venas, con el objetivo de conocer la cantidad, velocidad y consistencia en el cerebro. Es decir, permite determinar el flujo sanguíneo en el cerebro para establecer si hay o no actividad cerebral.

El Doppler Transcraneal, es una técnica de ultrasonido no invasiva que posibilita evaluar la velocidad y dirección del flujo sanguíneo en los segmentos proximales de las principales arterias cerebrales.

En términos más técnicos: La muerte cerebral suele ir acompañada de la presión intracraneal elevada por edema tisular u otro efecto de masa. Cuando esto excede la presión arterial sistémica, no hay flujo de sangre cerebral.

En los casos de muerte cerebral, la angiografía cerebral por lo general demuestra el flujo sanguíneo ausente en o más allá de la bifurcación de la carótida o polígono de Willis Young, G. Bryan; "Diagnosis of brain death", *Journal Medicine*, febrero de 2014, p. 6, <http://mehr.tums.ac.ir/Upload/Journal/1969353c-ad0f-4615-bffd-fde1d1dccb9.pdf>, 16 de septiembre de 2016.

Se traduce en la pérdida de capacidad del cerebro para llevar a cabo, de manera autónoma, la integración del organismo; es decir, el cerebro recibe información del cuerpo entero, de igual forma continuamente realiza la lectura de los factores externos como la temperatura, el pH, el balance de fluidos, niveles hormonales, gravedad, dolor, vibraciones, carga mecánica, contracciones musculares, campos de electricidad, inflamación, niveles de azúcar en sangre y otros aspectos del resto del metabolismo, en consecuencia el cerebro es responsable de la integración de la diversidad de la información, para generar una representación comprensible del estatus del cuerpo como un todo, incluyendo el ambiente y el contexto social en el que está operando el cuerpo, produciendo una respuesta multifacética. Cuando el daño cerebral es tan extenso e irreparable, el cerebro pierde completamente la capacidad de integrar la información y actuar con respecto a la misma, en ese momento estamos en presencia de la muerte cerebral. En donde a pesar de que una máquina pueda sustituir la respuesta del cerebro, por ejemplo para respirar, ya no se integran todas las funciones en una sola.

Desde que Mollaret y Goulon examinaron la cuestión de la muerte cerebral en 1959, han proliferado los estudios para determinar los criterios clínicos básicos para determinar la muerte cerebral. El criterio más conocido es del Comité Ad Hoc, de la Escuela de Medicina de Harvard<sup>14</sup>. A continuación se transcribe un resumen de los diversos criterios<sup>15</sup>:

Criterios de Harvard	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Coma sin respuesta.</li> <li>2. Apnea.</li> <li>3. Ausencia de reflejos cefálicos.</li> <li>4. Ausencia de reflejos espinales.</li> <li>5. Electroencefalograma isoelectrico.</li> <li>6. Persistencia de estas condiciones al menos durante 24 horas.</li> <li>7. Ausencia de intoxicación por drogas o hipotermia.</li> </ol>
Criterios de Minnesota	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Prerrequisito básico –diagnóstico de lesión cerebral irreparable–.</li> <li>2. Ausencia de movimientos espontáneos.</li> <li>3. Ausencia de respiración espontánea.</li> <li>4. Ausencia de reflejos del tallo cerebral.</li> <li>5. Persistencia de estas condiciones sin cambio por lo menos durante 12 horas.</li> </ol>

<sup>14</sup> Plum, Fred, y Posner, Jerome B., *Estupor y coma, op. cit.*, nota 2, pp. 367.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 368.



Criterios Suecos	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Coma sin respuesta.</li> <li>2. Apnea.</li> <li>3. Ausencia de reflejos del tallo cerebral.</li> <li>4. Electroencefalograma isoelectrico.</li> <li>5. No hay llenado de vasos cerebrales en dos inyecciones aortocraneales de medio contraste, separadas por 25 minutos.</li> </ol>
Criterios de supervivencia cerebral	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Prerrequisito básico –completar todos los procedimientos apropiados y terapéuticos–.</li> <li>2. Coma sin respuesta.</li> <li>3. Apnea.</li> <li>4. Ausencia de reflejos cefálicos con pupilas fijas y dilatadas.</li> <li>5. Electroencefalograma isoelectrico.</li> <li>6. Persistencia de lo anterior durante 30 minutos a una hora, y por 6 horas después del principio del coma y la apnea.</li> <li>7. Pruebas circulatorias que indican ausencia de circulación cerebral (opcional).</li> </ol>

Es decir, para determinar la muerte cerebral se deben presentar: a) ausencia de respiración espontánea; b) la pupilas no deben reaccionar a estímulos externos, no dilatarse con la luz; c) ausencia de movimientos oculares y motores; d) pruebas de laboratorio como electroencefalograma y Doppler Transcraneal, útiles para evaluar la ausencia de función hemisférica cerebral (como respuestas sensoriales o emotivas, actividades propias del tallo cerebral).

Circunstancias que son cabalmente reproducidas y tomas en cuenta por la Ley General de Salud:

Artículo 343. Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando se presentan la muerte encefálica o el paro cardíaco irreversible.

La muerte encefálica se determina cuando se verifican los siguientes signos:

- I. Ausencia completa y permanente de conciencia;
- II. Ausencia permanente de respiración espontánea, y
- III. Ausencia de los reflejos del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.

Al respecto podemos señalar lo siguiente: la sobredosis de fármacos (por ejemplo, alcohol, barbitúricos, sedantes, hipnóticos) son factores de confusión que deben ser

abordados antes de la evaluación clínica, para lo anterior es necesario analizar los niveles terapéuticos o dosificación terapéutica de los anticonvulsivos, sedantes y analgésicos, lo anterior con la intención de descartar o no el diagnóstico de muerte cerebral. Cuando exista incertidumbre sobre la presencia de sustancias, las variables a tener en cuenta, son: considerar el tipo de fármaco, la dosis, duración, y la función hepatorrenal. Los niveles de fármaco debe ser monitoreados, los medicamentos deben suspenderse por el tiempo permitido para su eliminación en el organismo<sup>16</sup>.

Artículo 344. Los signos clínicos de la muerte encefálica deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas:

I. Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica, corroborado por un médico especialista;

II. Cualquier otro estudio de gabinete que demuestre en forma documental la ausencia permanente de flujo encefálico arterial.

Anteriormente se especificó el papel del electroencefalograma en el diagnóstico y el uso del Doppler Transcraneal como estudio de gabinete que ayuda a determinar el flujo de sangre arterial en el cerebro.

Artículo 345. No existirá impedimento alguno para que a solicitud y con la autorización de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario o la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme al orden expresado; se prescinda de los medios artificiales cuando se presente la muerte encefálica comprobada y se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere el artículo 34317.

Al respecto, la literatura médica insiste en el oportuno diagnóstico de la muerte cerebral ya que los pacientes con dicho diagnóstico representan la mayor tasa de potenciales donadores de órganos. Conocer cuándo se debe luchar por la vida y seleccionar a los pacientes susceptibles de beneficiarse con las técnicas intensivas, de manera que las unidades no se sobrecarguen con individuos que no tienen posibilidad de recobrar la función cerebral<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. Teitelbaum, Jeanne, y Shemie, Sam D., "Neurologic determination of death," *The Clinics*, Quebec, número 29, agosto de 2011, pp. 787, 788 y 793, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22032661>, 8 de marzo de 2014.

<sup>17</sup> *Ley General de Salud 2016*, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142\\_010616.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_010616.pdf), 16 de septiembre de 2016.

<sup>18</sup> Fundamentalmente, sobre el neurólogo recae la responsabilidad de decidir sobre pacientes con un grave daño cerebral si el esfuerzo médico prolongado fallará y resultará en una existencia vegetativa o, por el contrario, si hay una mínima esperanza para que el individuo tenga una existencia funcional; Plum, Fred y Posner, Jerome B., *Estupor y coma*, op. cit., nota 2, p. 367.

### III. ENFOQUE BIOLÓGICO DE LA MUERTE ENCEFÁLICA

Desde un enfoque biológico, la determinación de la muerte requiere discernir entre el momento en que un cuerpo pierde completamente la capacidad global de autorregulación e integración y el momento en que el ejercicio de la autointegración está bloqueado debido a un daño que es reversible y temporal<sup>19</sup>. De ahí que el término de muerte cerebral refiera la palabra irreversible, ya que en el momento en que el cerebro es incapaz de emitir de forma autónoma una respuesta integral ante los estímulos externos, su actividad cesa como un todo, es decir, como un organismo que integra y coordina, y no hay marcha atrás.

La función principal del cerebro es integrar; por integración se entiende completar las partes de un todo, fusionar esas partes para dar una respuesta armoniosa, ordenada y multifacética. En ese orden de ideas, las palabras integrar y coordinar no es una suerte de sinónimo. La comunicación entre las células tiende a coordinar su actividad dentro de un tejido particular, pero esa acción común se despliega de forma aislada y no se traduce en una regulación sistemática del cuerpo.

La diferencia entre la actividad integradora del cerebro y el resto de las actividades limitadas de coordinación de otros sistemas de señalización, es esencial para la interpretación de la muerte cerebral. Ya que, integrar es combinar dos o más cosas o acciones para formar o crear algo, en cambio coordinar es llevar a cabo una acción común, actuar o trabajar juntos de manera adecuada y bien. A nivel biológico estos términos se pueden definir de la siguiente manera:

Integración: la compilación de información de diversas estructuras y sistemas para generar una respuesta que es: a) multifacética, b) dependiendo del contexto, c) tiene en cuenta la condición entera del cuerpo, d) regula la actividad de los sistemas a través de todo el cuerpo en aras de la salud y su continuidad global. Integración: se define por una respuesta global que ocurre simultáneamente y que se logra únicamente a través del sistema nervioso, especialmente por el cerebro.

Coordinación: La capacidad de actuación a través del estímulo molecular específico para llevar a cabo una acción común, ya sea mediante una respuesta de tipo singular, que ocurre simultáneamente en múltiples células, o de forma sincronizada pero en células con respuestas específicas. La coordinación puede ser global o local y que es logrado por el cerebro y por otros sistemas de señalización.

...

El proceso de coordinación persiste después de la muerte y refleja solamente el comportamiento de las unidades celulares individuales que autónomamente responden a un número limitado de estímulos para generar la apariencia de un todo unificado<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. Condic, Maureen, "Determination of death: A scientific perspective on biological integration," *op. cit.*, nota 8, p. 265.

<sup>20</sup> Cfr., *ibidem*, p. 271.

Es decir, cuando existe un daño cerebral irreversible el cerebro es incapaz de compilar las múltiples fuentes de información para producir una respuesta integral y global, así como continuar con las funciones vegetativas. Esto quiere decir que los latidos del corazón que persisten, así como la circulación que continúa en algunas partes del cuerpo no representan una integración, acción que propiamente caracteriza a un organismo vivo. Y como ya se anunciaba anteriormente, estas manifestaciones no perduran más allá de unos días o de 24 horas, a partir de que la actividad cerebral cesa, esto obedece a que el corazón cuenta con cierta autonomía, debido a que tiene un marcapasos integrado como lo es el miocardio, cuyo tejido pulmonar permite bombear sangre, aquí se aprecia a la perfección la idea de coordinación entre células de un determinado órgano. No obstante, con el paso del tiempo, el corazón necesita de las funciones superiores o sea de órdenes (integración), lo que se evidencia en el corazón por la pérdida del tono vasomotor<sup>21</sup>, ya que los vasos sanguíneos necesitan de constante estimulación nerviosa para mantener el nivel de reposo de la contracción; tales funciones son integradas por el tallo cerebral (lo anterior refuerza la idea de integración). Por último la deficiencia del tono vasomotor produce insuficiencia circulatoria.

La opinión de que un cuerpo se mantiene vivo después de la muerte del cerebro es fundamentalmente un argumento reduccionista, que niega la existencia de un ser humano integral, como una fusión de sistemas, células, estímulos internos y externos, acciones, respuestas y acciones, que va más allá de las propiedades de las células y órganos que componen al cuerpo. Si el criterio fuese correcto, la muerte humana no ocurriría hasta que cada célula del cuerpo muera<sup>22</sup>.

El término muerte encefálica se refiere a la completa extinción de la actividad cerebral, ya que los órganos y las partes del encéfalo pueden permanecer vivas de manera aislada, pero ya no como un todo, es decir, como una colección de células incapaces de responder de manera holística ante los estímulos externos e internos. Porque *la integración genuina es una capacidad concomitante del cerebro, pues es el único capaz de compilar información*<sup>23</sup>.

Es el cerebro el único que cuenta con la capacidad de autointegración: a) lo que se evidencia en la posesión de la base material de la libre integración para controlar la respiración y la circulación (aférente) o b) la posesión material de la sensibilidad<sup>24</sup> (eferente). En

---

<sup>21</sup> Acción de regular la dilatación y constricción de los vasos sanguíneos.

<sup>22</sup> Cfr. Condit, Maureen, "Determination of death: A scientific perspective on biological integration," *op. cit.*, nota 8, p. 271.

<sup>23</sup> Cfr. Moschella, Melissa, "Brain death and human organismal integration: A symposium on the definition of death," *Journal of Medicine and Philosophy*, Utah, vol. 41, abril de 2016, pp. 229-231.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 232. La autora comenta al respecto: "Sobre la base de hilomorfismo aristotélico-tomista, reclamo que el alma (o la forma Aristotélica) es el principio formal de la capacidad total del organismo, incluyendo su capacidad de autointegración que se evidencia en la capacidad de sentir y en la capacidad de respiración y circulación autónoma".

otras palabras la muerte cerebral se traduce en la falta de estructuración consciente de la capacidad de sensibilidad, o sea, la ausencia de intercambio de información por parte de las neuronas aferentes (estímulos musculares y de articulaciones) y de las neuronas eferentes (órganos sensoriales), así como la ausencia de conciencia.

Es importante resaltar que la autointegración denota el control que el cerebro debe poseer sobre las funciones vitales, es de explorado conocimiento en Biología que las células tienen la capacidad interna de respirar el oxígeno que en mucho de los casos es suministrado mecánicamente, pero ello no implica la capacidad de regular directamente la función vital en sí misma de autointegración y control, lo que se traduce, por ejemplo, en la capacidad *per se* de respirar espontáneamente, porque ello implica un principio interno de unidad, lo que se traduce en la actuación integral del organismo en el medio ambiente.

La idea anterior se enlaza con el concepto de conciencia, como el estado en el cual uno se da cuenta de sí mismo y del ambiente, infiriendo autoconocimiento de la apariencia y de los actos externos. La conciencia representa la suma de las funciones mentales cognitivas, sensoriales y afectivas<sup>25</sup>. Para el caso de la muerte cerebral, la capacidad básica de autointegración y la emotividad se han perdido, por consiguiente el criterio neurológico de muerte cerebral es el único válido<sup>26</sup>.

Es importante resaltar que, los criterios anteriormente enunciados, se centran en la idea de racionalidad y emotividad que distingue a los seres humanos, porque la concepción de la posmodernidad sostiene que el ser humano es comunión entre la psique y lo físico, y no una mente o conjunto de células que habitan un cuerpo y actúan de forma coordinada, sin interrelacionarse con el resto del organismo y con el mundo externo, porque la autointegración requiere de un organismo como un todo y no de partes aisladas, de conformidad a la terminología biológica.

#### **IV. LA EXTINCIÓN DE LA PERSONA EN EL ÁMBITO JURÍDICO**

El Derecho es la atmósfera que nos rodea para proteger nuestros actos, por lo tanto legisla en temas tan inherentes al humano como la vida y la muerte. La persona se extingue para el Derecho al momento de verificarse la muerte (como forma natural) y mediante la presunción de muerte (como forma artificial ante la ausencia de cadáver). De conformidad con el Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, la capacidad se pierde por la muerte:

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.

---

<sup>25</sup> Cfr. Plum, Fred, y Posner, Jerome B., *Estupor y coma*, *op. cit.*, nota 2, p. 3.

<sup>26</sup> Cfr. Moschella, Melissa, "Brain death and human organismal integration: A symposium on the definition of death", *op. cit.*, nota 23, p. 290.

En relación con los siguientes dispositivos de ese mismo ordenamiento, a considerar también:

Artículo 117. Ninguna inhumación o cremación se hará sin autorización escrita dada por el juez del registro civil, quien se asegurará suficientemente del fallecimiento, con el certificado de defunción expedido por médico legalmente autorizado. La inhumación o cremación deberá realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la defunción excepto en los casos de muerte considerada violenta, o por disposición que ordene otra cosa por la autoridad competente. El certificado de defunción hace prueba del día, hora, lugar y causas del fallecimiento, así como del sexo del fallecido.

Artículo 118. En el acta de defunción se asentarán los datos que contenga el certificado de defunción, así como los datos que el juez del registro civil requiera y será firmada por el declarante<sup>27</sup>.

Antes de continuar, es pertinente señalar que el Artículo 22 legisla uno de los elementos de la personalidad –la capacidad–, pero como tal no legisla expresamente el comienzo de la vida de la persona en el ámbito jurídico, es decir, más bien de manera inexacta legisla el inicio de la personalidad en el mundo jurídico. A manera de inferencia, ese Artículo legisla tácitamente a la personalidad, porque reconoce uno de sus atributos (la capacidad). Al respecto solamente se apunta aquí, que el legislador debió legislar primero y de manera expresa a la sustancia y después al accidente.

Resulta pertinente analizar brevemente el concepto de persona en el Derecho. Persona proviene del latín *personae, resonare*, el que se hace escuchar. En la antigua Roma, en los foros (donde se llevaban a cabo representaciones), los actores utilizaban máscaras de madera, con fin de ahuecar la voz y lograr que se escuchara vibrante y sonora, con mayor presencia en el escenario. Dichas máscaras representaban una emoción<sup>28</sup> (ira, alegría). Lo anterior derivó en una metáfora que penetró en la vida jurídica, pues los individuos en el Derecho también representan un papel y se hacen escuchar<sup>29</sup>.

De conformidad con lo anterior el término persona dentro del Derecho, más bien aterriza en el papel que la persona representa en el mundo jurídico, y no en el entramado complejo de factores y circunstancias de lo que es la persona. De ahí que sea más apropiado hablar, en materia jurídica de personalidad jurídica y no de persona. Entendiendo por personalidad la armadura que permite al ser humano o a la persona colectiva proyectarse

---

<sup>27</sup> *Código Civil para el Distrito Federal 2016*, <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343/default.htm?s=>, 16 de septiembre de 2016.

<sup>28</sup> Ahora bien, de tal acepción, persona viene a indicar un papel, una función previamente determinada, preestablecida, diseñada de antemano, un rol que se desempeña; Recaséns Siches, Luís, *Filosofía del Derecho*, 20ª. ed., México, Porrúa, 2010, p. 270.

<sup>29</sup> Cfr. Tamayo Salmorán, Rolando, *El concepto de persona jurídica*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/923/6.pdf>, 16 de septiembre de 2016.

en el mundo jurídico, es decir, es el ropaje con el que el Derecho viste a las personas, para que desempeñen un papel determinado, y dicho ropaje se conforma por elementos llamados atributos de la personalidad.

En la realidad, la persona es el yo que interactúa con la vida propia y con la vida de los demás, que enfrenta la vida con una perspectiva genuina y única. Y en palabras de Recaséns Siches<sup>30</sup>:

... en cambio la personalidad jurídica, atribuida a un individuo, se apoya o funda precisamente en aquellas dimensiones de este, que no son individuales sino colectivas, comunes, genéricas, esquemáticas. La dimensión del ser humano que funciona como persona en el Derecho es la dimensión que éste tiene de común con otros sujetos jurídicos, con todos aquellos otros que puedan encajar en la figura prevista por la norma jurídica, por ejemplo el individuo es ciudadano, cónyuge, contribuyente, arrendador, etc., porque en principio puede haber cualquier otro que esté en la misma situación jurídica.

Por eso, la extinción de la persona como manifestación genuina de individualidad<sup>31</sup>, debe partir de la ciencia médica, pues la existencia biológica del ser humano y su extinción se manifiesta plenamente en el ámbito clínico; al Derecho le corresponde normar tales hechos clínico-biológicos que enmarcan el final de la vida, con el objetivo de brindar seguridad jurídica y enlazar las concepciones científicas y culturales con la serie de conductas que la ciencia jurídica se encarga de normar.

Definir correctamente a la muerte propicia seguridad jurídica, además, es de explorado Derecho que la pérdida de vida tiene repercusiones legales, en especial en el ámbito patrimonial ya que, al morir el titular del patrimonio, el mismo se queda acéfalo, para substituir al titular es necesario abrir la sucesión<sup>32</sup>; dicho sea de paso, sucesión signi-

---

<sup>30</sup> Cfr., *Filosofía del Derecho*, *idem*.

<sup>31</sup> El ser humano es un cúmulo de tensiones: El ámbito del individuo humano como *persona*, poseedor de una conciencia moral, de intencionalidad, de libre albedrío, de una forma favorable de ser, de actuar y de producir efectos en el mundo, la persona como poseedora de un carácter moral o *ethos*; la dimensión interpersonal, social, de las relaciones morales interhumanas, es decir, la comunidad moral de los hombres y los vínculos éticos-sociales que mantienen entre sí, (respeto, solidaridad, amor, compasión, justicia); la esfera de la cultura, dentro de la cual tienen un sitio los valores y las normas morales, esto es, el horizonte axiológico y deontológico de la moral y los valores éticos de bien y mal, de los ideales y principios, de las virtudes, de los deberes u obligaciones morales (distintas de las jurídicas), que rigen la conducta de los seres humanos; el reino de la vida natural, del cuerpo humano, los instintos o pulsiones, el genoma: sustrato biológico y físico de la moralidad humana; el núcleo ontológico del *ethos* como *condición ética* del hombre o eticidad constitutiva. Cfr. González Valenzuela, Juliana, *Perspectivas de Bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 18.

<sup>32</sup> Artículo 1288. A la muerte del autor de la sucesión los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división; *Código Civil para el Distrito Federal 2016*, <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343/1354.htm?s=>, 16 de septiembre de 2016.



fica la substitución de una persona en la relación jurídica. Ello quiere decir que el sucesor substituye la personalidad del fallecido en relación con la titularidad de derechos y obligaciones tanto reales como personales –universalidad jurídica–. Lo que afianza la idea de referirse mejor a personalidad que a persona en el ámbito jurídico, porque no se substituye a la persona sino a su personalidad, es decir, al papel o rol que desempeñaba como titular del patrimonio. Al fallecer el ser humano pierde la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, su personalidad, su proyección en el Derecho cesa y da paso a la sucesión *mortis causa*.

## V. CONCLUSIONES

1. La ciencia médica está en constante evolución y en gran medida debe su avance a la tecnología. Su constante desarrollo se vio reflejado en la definición de muerte, pasando de considerarla por el paro cardíaco irreversible a la muerte encefálica.

2. La muerte encefálica es la expresión clínica final de la insuficiencia neurológica completa e irreversible. Se expresa como la falta de actividad cerebral y la ausencia de reflejos en el tallo cerebral. Existen diversos criterios para su diagnóstico, ejemplo de ello son los Criterios de Harvard.

3. En la muerte encefálica se presenta: a) ausencia de respiración espontánea; b) la pupilas no deben reaccionar a estímulos externos, ni dilatarse con la luz; c) ausencia de movimientos oculares y motores; d) pruebas de laboratorio como electroencefalograma y Doppler Transcraneal, útiles para evaluar la ausencia de función hemisférica cerebral (como respuestas sensoriales o emotivas, actividades propias del tallo cerebral). La verificación de estos hechos clínico-biológicos define a la muerte encefálica.

4. Muerte encefálica y estado vegetativo persistente no son lo mismo. En el estado vegetativo persistente hay una grave pérdida de las funciones mentales, pero se conservan las funciones autómatas o vegetativas del sujeto como nutrición, transporte, excreción y nutrición. En el estado vegetativo persistente hay presencia de funciones y de actividad cerebral porque no hay daño en el tallo cerebral, el mismo está intacto y permite la autointegración. En cambio, en la muerte encefálica hay ausencia total de respuesta por parte del tallo cerebral. La patología de los estados vegetativos persistentes crónicos con frecuencia se limita a los hemisferios cerebrales.

5. Lo correcto es hablar de muerte encefálica, porque el cerebro es una parte del encéfalo. Este se compone de cerebro (parte principal que comprende hemisferios cerebrales y el diéncéfalo), cerebelo (situado en la parte dorsal al puente y parte posterior del cerebro) y tronco o tallo cerebral (médula oblongada, puente y mesencéfalo). Se habla de muerte encefálica porque el encéfalo, en su totalidad, integra y estructura las funciones para producir una respuesta multifacética.

6. De acuerdo a la Biología, la muerte encefálica se caracteriza por la incapacidad de autointegración que sufre el encéfalo. En ese orden de ideas, integrar y coordinar no es una suerte de sinónimo. La comunicación entre las células tiende a coordinar su actividad dentro de un tejido particular, pero esa acción común se despliega de forma aislada y no se traduce en una regulación sistemática del cuerpo, lo anterior se actualiza en la persistencia de la actividad del corazón a pesar de la muerte encefálica.

7. La redacción de los Artículos 343, 344 y 345 de la Ley General de Salud resulta satisfactoria y fiel a los criterios de la ciencia médica. Ya que de conformidad con ella, la definición de la muerte cerebral implica la ausencia de actividad cerebral y de reflejos en el tallo cerebral; la palabra, actividad cerebral, se traduce en la información que el cerebro recibe, compila e integra del cuerpo entero, mediante la lectura de los factores externos como la temperatura, el pH, el balance de fluidos, niveles hormonales, gravedad, dolor, vibraciones, carga mecánica, contracciones musculares, campos de electricidad, inflamación, niveles de azúcar en sangre y otros aspectos del resto del metabolismo, para generar una representación comprensible del estatus del cuerpo como un todo –incluyendo el ambiente y el contexto social en el que está operando el cuerpo–, produciendo una respuesta multifacética.

Y por su parte, la ausencia de reflejos del tallo cerebral, se manifiesta en las tres fracciones del Artículo 343, en virtud de que el tallo cerebral, se encarga de los movimientos voluntarios y la capacidad de sensibilidad; controla la respiración y el sistema cardiovascular y la conciencia. Al perder el tallo cerebral la capacidad de controlar las funciones sensoriales, de respiración y vasomotoras, estamos en presencia de la muerte encefálica.

Por otro lado, el Artículo 344 establece que la muerte encefálica se determina mediante: electroencefalograma y Doppler Transcraneal, para corroborar la ausencia de actividad cerebral o en su caso de flujo sanguíneo en la arteria cerebral. Y por último, en el Artículo 345, se legisla sobre la donación voluntaria de órganos, pues los pacientes con diagnóstico de muerte encefálica representan la tasa más alta de potenciales donadores de órganos.

8. En el Derecho se extingue la personalidad, como la proyección de la persona en el ámbito jurídico, en este caso, como titular de derechos y obligaciones, de una universalidad jurídica. Porque el concepto de persona no se restringe al Derecho, la persona es una construcción social, cultural, ética, moral, biológica y psicológica, y no un mero centro de imputación normativa. En cambio el término de personalidad, como el caparazón o armadura que viste a la persona para actuar en el mundo jurídico, resulta más idóneo.

9. La conclusión anterior se fortalece si tomamos en cuenta que el Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, legisla de manera tácita a la personalidad, al señalar que la capacidad (atributo de la personalidad) se extingue con la muerte. Aunado a lo ante-

rior, la muerte es el hecho jurídico involuntario (hipótesis jurídica) que da paso a la apertura de la sucesión; y la sucesión es la substitución del titular de las relaciones jurídicas traducidas en derechos y obligaciones reales y personales, es decir, es el cambio de titular, porque el de cujus ha transmitido, con su muerte, su personalidad (como titular de la universalidad jurídica), dando lugar a un nuevo titular, de ahí que en sucesiones se hable de substitución.

10. La apropiada legislación de la muerte como hecho clínico-biológico propicia seguridad jurídica, da certidumbre y verifica las modalidades de diversos actos jurídicos, por ejemplo la apertura de testamento (acto jurídico sujeto a un término suspensivo incierto) y la donación de órganos. De tal manera que existe un Artículo expreso en el Código Civil, el cual establece que, desde la muerte del autor, se verifica la sucesión.

## VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

- ADAME LÓPEZ, Ángel Gilberto, *El testamento como acto solemne*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/2/cnt/cnt4.pdf>.
- ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 3ª. ed., México, McGraw-Hill, 2008.
- BONNECASE, Julián, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, 2ª. ed., Bogotá, Temis, 2000.
- CONDIC, Maureen, "Determination of death: A scientific perspective on biological integration," *Journal of Medicine and Philosophy*, Utah, vol. 41, abril de 2016, pp. 257-278.
- CONDIC, Maureen, "Brain death and human organismal integration: A symposium on the definition of death," *Journal of Medicine and Philosophy*, Utah, vol. 41, abril de 2016, pp. 257-278.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general: personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 11ª. ed., México, Porrúa, 2008.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Perspectivas de Bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Muerte encefálica, bioética y trasplante de órganos*, Grupo de Estudios sobre Muerte Encefálica, de las Sociedades Chilenas de Nefrología y de Trasplante, [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872004000100016](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872004000100016).
- MOORE L., Keith, y DALLEY F., Arthur, *Anatomía con orientación clínica*, 4ª. ed., trad. de Ignacio Navascúes Benlloch, México, Médica Panamericana, 2004.
- MOSCHELLA, Melissa, "Brain death and human organismal integration: A symposium on the definition of death," *Journal of Medicine and Philosophy*, Utah, vol. 41, abril de 2016, pp. 229-231.
- PLUM, Fred, y POSNER, Jerome B., *Estupor y coma*, 2ª. ed., trad. de Jorge González Ramírez, México, El Manual Moderno, 1982.
- RECASÉNS SICHES, Luís, *Filosofía del Derecho*, 20ª. ed., México, Porrúa, 2010.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Introducción al estudio del Derecho Civil y personas*, México, Porrúa, 2009.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia*, 15ª. ed., México, Porrúa, 2011, t. I.
- SNELL, Richard S., *Neuroanatomía Clínica*, 5ª. ed., trad. de Diana S. Klajn, Buenos Aires, Médica Panamericana, 2003.
- TAMAYO SALMORÁN, Rolando, *El concepto de persona jurídica*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/923/6.pdf>.

TEITELBAUM, Jeanne, y SHEMIE, Sam D., "Neurologic determination of death," *The Clinics*, Quebec, número 29, agosto de 2011, pp. 787, 788 y 793, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22032661>.

WILLISYOUNG, G. Bryan, "Diagnosis of brain death," *Journal of Medicine*, febrero 2014, p. 6, <http://mehr.tums.ac.ir/Upload/Journal/1969353c-ad0f-4615-bffd-fde1d1dcccdb9.pdf>.

## 2. Legislación

*Código Civil para el Distrito Federal 2016*, <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343/default.htm?s=>.

*Ley General de Salud 2016*, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142\\_010616.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_010616.pdf).

## 3. Sitios de Internet

[http://www.portalesmedicos.com/diccionario\\_medico/index.php/Aut%C3%B3lisis](http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php/Aut%C3%B3lisis).

<http://www.wordreference.com/definicion/autolisis>.

<http://salud.ccm.net/faq/12661-autolisis-definicion>.

## TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU POSIBLE VULNERACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO *ANTIDUMPING*

Carlos ESPINOSA BERECHEA<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Posible vulneración a los derechos humanos de igualdad, desarrollo económico y competencia, y tutela judicial efectiva.* III. *La cuestión de colisión entre derechos humanos y el procedimiento antidumping de comercio exterior.* IV. *Propuesta de una solución.* V. *Fuentes de información.*

### RESUMEN

La constante evolución del alcance y reconocimiento de los derechos humanos y su interpretación por parte de los tribunales mexicanos, ha ocasionado una reponderación al concepto de tutela judicial efectiva, lo que pudiera traer como consecuencia la existencia de vicios procesales en el procedimiento administrativo para la imposición de cuotas compensatorias, tendientes a contrarrestar una práctica desleal de comercio internacional.

### PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos. Cuota compensatoria. Práctica desleal de comercio internacional. Tutela judicial efectiva. Vicio procesal.

### ABSTRACT

The constant evolution of the scope and recognition of human rights and its interpretation by Mexican courts have resulted in a reweighting to the concept of effective remedy.

Which could imply the existence of procedural irregularities in the administrative procedure for the imposition of antidumping duty trending to counter an unfair practice of international trade.

### KEY WORDS

Human rights. Antidumping duty. Unfair practices of international trade. Effective remedy. Procedural irregularities.

### I. INTRODUCCIÓN

Para nadie es desconocido, que uno de los campos más fértiles de los derechos humanos dentro de la esfera jurídica de los gobernados en materia económica –sin soslayar desde luego los ámbitos civiles y políticos–, es el referente al derecho humano al desarrollo, no solo recogido por el Pacto de San José<sup>2</sup>, sino también por el Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>1</sup> Licenciatura, maestría y doctorado en Derecho por la Universidad Panamericana. Fue Director Académico de los programas de posgrado de Derecho Tributario en su Facultad de Derecho y Catedrático. Actualmente es Director General del Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo, del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

<sup>2</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Económicos, Sociales y Culturales<sup>3</sup>, o la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la ONU<sup>4</sup>, entre otros instrumentos internacionales.

Igual o mayor trascendencia merece el derecho humano reconocido por dicho Pacto en sus Artículos 8º, numeral 1, y 25, respecto a la garantía y protección judicial, concretamente en lo tocante a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la legislación mexicana encuentra en su Constitución Política un apartado enunciativo, más no limitativo de dichos derechos, bastando citar para estos efectos a los Artículos 1º, 17, 25 y 26. Y no solo no es limitativo, sino que en razón de las últimas reformas en la materia, se ha convertido en extensivo al exigir la aplicación de disposiciones protectoras de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales suscritos por nuestro país, permitiendo inclusive su interpretación difusa y aplicación *ex officio*.

Es muy probable que los conceptos protectores anteriores colisionen de manera frontal con el procedimiento de investigación tendiente a acreditar la existencia de la práctica desleal de comercio internacional denominada *dumping*, puesto que al parecer por una parte limitan el derecho humano al desarrollo vía una clara intrusión al derecho de igualdad, puesto que por el efecto económico que implican, inhiben y en ocasiones suprimen el mencionado desarrollo en igualdad de circunstancias, a la par que dicho procedimiento puede acabar siendo una trampa procesal para el afectado de la práctica desleal.

Bajo estos antecedentes, analizaremos lo dispuesto en las convenciones internacionales citadas, lo contenido en la parte conducente de la legislación mexicana, contrastándolo con los nuevos criterios de los tribunales, que al parecer hacen implicar que la solicitud de inicio del procedimiento administrativo tendiente a aplicar medidas *antidumping*<sup>5</sup>, se convierta en una trampa procesal.

### 1. *Qué es el dumping como práctica desleal de comercio internacional*

Como primer acercamiento diremos que ya en el siglo XVIII Adam Smith hablaba del *dumping* como la concesión de primas a la exportación y el estímulo de exportaciones mediante el establecimiento de precios inferiores a los practicados en el mercado interno<sup>6</sup>.

Para nuestra Ley de Comercio Exterior, la práctica desleal conocida internacionalmente como *dumping* es definida como la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios en el país exportador, que causen daño a una rama de la producción nacional de mercancías idénticas o similares<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Adoptado en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, siendo adherente nuestro país el 23 de marzo de 1981 y promulgado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981.

<sup>4</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada y proclamada en la 97ª sesión plenaria de la AG, el 4 de diciembre de 1986.

<sup>5</sup> Los derechos *antidumping* en la legislación mexicana se conocen como cuotas compensatorias.

<sup>6</sup> Cfr. Cruz Barney, Óscar, *Antidumping*, Barcelona, Bosch, 2013, pág. 7.

<sup>7</sup> Artículo 28 de la Ley de Comercio Exterior.



Witker define el concepto anterior como "... la práctica desleal que ejecutan las empresas, consistente en introducir mercancías originarias o procedentes de cualquier país en el mercado de otro a un precio inferior a su valor normal (precio *ex-work-fábrica*) y que daña o amenaza dañar a los productores nacionales de artículos idénticos o similares"<sup>8</sup>.

Más adelante, detalla la Ley en comento que, se considera que se incurre en la discriminación de precios aludida, cuando se introduce mercancía a nuestro país a un precio inferior de su valor normal<sup>9</sup>.

Solo como referencia, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en lo sucesivo GATT '94) define esta acción de la siguiente manera: "... se considerará que un producto es objeto de *dumping*, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador"<sup>10</sup>.

Por lo anterior, es claro que nuestra Ley de Comercio Exterior recoge el concepto de discriminación de precios (*dumping*) del GATT '94.

## 2. *Qué son los derechos humanos*

Solo a manera introductoria y sin ánimo de ser prolijo en su profundidad, quedémonos para los efectos de este apartado que: "Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles"<sup>11</sup>.

Habiendo quedado definidos *grosso modo* los principales conceptos sobre los que versará el presente, en la parte siguiente trataremos de acreditar el posible conflicto entre ambos a partir de la solicitud de inicio del procedimiento administrativo tendiente a acreditar su existencia y por tanto paliar a través de la imposición de derechos *antidumping*, o como es en el caso mexicano, de cuotas compensatorias, para en el último apartado presentar una alternativa de solución.

---

<sup>8</sup> Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Derecho del Comercio Exterior*, México, UNAM-IIJ, 2011, Serie Doctrina Jurídica, p. 510.

<sup>9</sup> Artículo 30 de la Ley de Comercio Exterior.

<sup>10</sup> Artículo 2.1, [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/19-adp\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm), visitada el 04 de abril de 2017.

<sup>11</sup> Cfr. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, visitada el 04 de abril de 2017.

## II. POSIBLE VULNERACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE IGUALDAD, DESARROLLO ECONÓMICO Y COMPETENCIA, Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

### 1. Alcance de los derechos humanos de orden económico y tutela jurisdiccional

El problema detectado se deriva del claro choque entre los derechos humanos a la igualdad, desarrollo, competencia económica y tutela judicial efectiva, con el procedimiento de investigación para determinar la existencia del *dumping* como prácticas económicas identificadas como desleales de comercio internacional, que afectan de manera directa la referida igualdad entre diversos agentes económicos, inhibiendo el desarrollo y libre competencia, pudiendo acabar dicho procedimiento en una verdadera trampa procesal que niegue la protección del Estado al afectado.

Antes de abordar con detalle la manera en que se presenta la colisión de derechos arriba citada, es menester destacar que el presente no es un tema novedoso y que está empezando a ser recogido por diversas organizaciones protectoras de derechos humanos. Así tenemos que, como opina Luis Guillermo Casas Pérez<sup>12</sup>:

Nuestro punto de partida, es la hipótesis de que los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Convenciones de la Organización Internacional de Trabajo –incluyendo el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales– y la Declaración de Naciones Unidas de 1986 que establece que el derecho al desarrollo es un derecho humano; están siendo exponencialmente vulnerados por los acuerdos de libre comercio y/o los acuerdos de protección de inversiones<sup>13</sup>.

Antes de continuar, resulta pertinente aclarar que con la expresión agentes económicos, nos referimos a las personas físicas titulares de los derechos humanos inalienables que deben garantizar los Estados, puesto que pueden actuar en el ámbito mercantil, económico o comercial *per se* o a través de otras formas de organización lícitas, pero siempre detrás de ellas estarán esos sujetos de derechos humanos.

Aclarado lo anterior, es importante traer a colación lo que la Organización de Estados Americanos, a través del Pacto de San José, menciona sobre los derechos humanos al describirlos como “derechos esenciales del hombre que no nacen del hecho de ser na-

<sup>12</sup> Secretario Ejecutivo de la Iniciativa de Copenhague para Centroamérica y México (CIFCA) y Secretario General de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH).

<sup>13</sup> Reflexiones de cara a las próximas negociaciones de acuerdos de asociación entre la Unión Europea con AC y con la CAN (impacto de los temas Singapur sobre los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos):

<http://www.educweb.org/AlterFocus/Autres%20textes/Impacto%20de%20los%20temas%20Singapur%20sobre%20los%20derechos%20humanos%20y%20la%20autodeterminaci%F3n%20de%20los%20pueblos.doc>, visitada el 4 de abril de 2017.

cional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados americanos”<sup>14</sup>; quedando más que evidente que dicho reconocimiento y protección no son exclusivos de los firmantes del Pacto mencionado, o incluso de todos los pueblos americanos, sino que “estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional”<sup>15</sup>. Por lo anterior, es clara la universalidad de los mismos y como tales, su reconocimiento, defensa y franca tutela, no debe quedar de manera alguna limitada a ámbitos regionales o públicos, sino que abarcan todo el espectro de actuación humana.

A lo anterior habrá que agregar lo que nos dice Jorge Witker en su libro *Derecho de la Competencia Económica en México*, respecto del derecho a la competencia, definiéndolo como:

... una rama del Derecho Económico que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anticompetitivas de los agentes económicos públicos y privados, conductas que pueden tomar diversas formas: prácticas desleales de comercio internacional, o actividades que lesionen los intereses de los consumidores o vulnere la protección a la propiedad intelectual. El elemento común de estas prácticas es que lesionan o restringen la competencia en los mercados, afectando precios de bienes y servicios, y dañando a productores, distribuidores y consumidores.

Continúa diciendo el académico Witker en la misma obra que:

... En un sistema económico de libre mercado, la competencia se traduce en la concurrencia o coincidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado delimitado en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio (o una ganancia) en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre competidores.

Con los aportes recién transcritos se evidencia, para que se pueda dar el cabal desarrollo económico de los integrantes de un Estado, forzosamente se requerirán condiciones de igualdad de acceso a los mercados entre los agentes económicos mencionados, lo cual es claro que no se puede dar cuando están presentes prácticas predatorias de precios o subsidios, que no solo no incentivan como debieran, sino que abiertamente inhiben el desarrollo económico.

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas concede un amplio espectro al concepto desarrollo, entendiéndolo como “un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población

<sup>14</sup> Preámbulo Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>15</sup> *Idem*.

y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan”<sup>16</sup>, con lo que queda abiertamente de manifiesto que el derecho a la competencia económica que refería Witker líneas arriba, es de considerarse como un derecho humano digno de ser ampliamente tutelado por los Estados.

En abundancia, la propia Declaración que nos ocupa reconoce “que la persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo”<sup>17</sup>, por lo que es precisamente el ser humano, ya sea actuando de manera directa o asociado con otros seres humanos (entes corporativos), el beneficiario de toda la protección en materia de derechos humanos encaminados a la obtención y sustento del desarrollo económico.

Corroborar lo anterior el numeral 3 del Artículo 3° de la Declaración, al reconocer que: “Los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo. Los Estados deben realizar sus derechos y deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, y que fomenten la observancia y disfrute de los derechos humanos”<sup>18</sup>.

También es susceptible de traer a colación el contenido de otro tratado internacional suscrito y ratificado por nuestro país, como lo es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del cual, en su Artículo 7°, los Estados partes del mismo reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

Una vez descritos algunos de los compromisos internacionales suscritos por nuestro país en materia de desarrollo y competencia económica, mencionaremos algunos en lo tocante a la tutela judicial efectiva, la cual se encuentra comprendida dentro de las garantías judiciales y de protección efectiva previstas respectivamente en los Artículos 8°, numeral 1, y 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales implican de manera muy somera idéntica situación que también se desprende de una interpretación armónica del arábigo 17 constitucional mexicano:

El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; quedando la materia del comercio internacional perfectamente inserta dentro de esta tutela.

---

<sup>16</sup> Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la ONU.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

Adicionalmente, debe existir un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales, que será resuelto por la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal, quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga, siendo cumplido por parte de las autoridades competentes, según la decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Con base en lo anterior, ya podemos ahora desentrañar el por qué es importante que los hayamos traído a colación, puesto que si el objetivo fundamental del derecho de la competencia es lograr mercados competitivos, se justifica una regulación estatal, así como la sanción a prácticas anticompetitivas, puesto que el primer interés protegido por el derecho que nos ocupa es la libre concurrencia y competencia de los mercados, para que cualquier miembro de la sociedad acceda en condiciones de igualdad a cualquier mercado de bienes o servicios y en caso que exista una práctica desleal que se lo impida, tenga en su favor mecanismos claros y accesibles para hacer frente a dichas prácticas, que deberán ser administrados por el Estado.

Como ya lo habíamos anticipado es evidente que, en la medida que existan prácticas predatorias en los mercados citados, el acceso en condiciones de igualdad será fuertemente inhibido o suprimido, entorpeciendo y negando con ello el derecho al desarrollo económico.

Baste imaginar un productor mexicano de cualquier tipo de bien, digamos para efectos ejemplificativos del presente artículo, unas gafas de sol de la fracción arancelaria 9004.10.01, las cuales se integran, también para efectos de este ejemplo de una montura (frente y varillas), lentes o cristales y plaquetas, que vende en el mercado nacional a través de su propia red de comercialización.

No obstante, existe un productor extranjero que exporta a través de su filial en México unas gafas de calidad similar, también de la fracción arancelaria 9004.10.01 pero a un precio 65% inferior a su valor normal en su país de origen y en cantidades similares a las producidas por el fabricante mexicano<sup>19</sup>.

La colisión en los derechos humanos de igualdad, desarrollo económico y competencia del mexicano queda claramente acreditada por el simple hecho que dejará de vender sus productos no por razón de calidad, sino por la práctica depredatoria en precio implicada en la importación y comercialización de las gafas extranjeras, lo que ocasionará un fuerte daño tanto al productor nacional, como de quienes les suministran los insumos para la fabricación de gafas, repercutiendo además en la disminución de puntos de venta, personal

---

<sup>19</sup> No se soslaya el hecho que de conformidad con el Anexo 30, rubro A), y la Regla General de Comercio Exterior 3.1.17, quienes importen estas mercancías bajo el régimen definitivo, temporal o a depósito fiscal, deben declarar la marca nominativa o mixta y su información relativa a la misma, para identificar la mercancía y distinguirla de otras similares, en el bloque de identificadores y complemento que corresponda.

que venda el producto, gastos de publicidad, transporte, etc., etc., etc., en tanto que algunos requisitos establecidos en la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, fijados para la procedencia de la defensa del productor nacional, pueden implicar una clara negación al principio de tutela judicial efectiva.

Desde la reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el pasado 10 de junio de 2011, se ha iniciado la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos a partir del principio *pro persona* entendido como criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los derechos humanos, razón por la cual invariablemente se tendrá que preferir la interpretación más extensiva y favorable para el peticionario cuando se trata de reconocer derechos protegidos, así como por otro lado, preferir la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria.

Lo anterior denota que lo que subyace en la nueva manera de ver el derecho a través de los derechos humanos, es otorgar un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios.

En abundancia, el nuevo control de constitucionalidad difuso ya señalado debe aplicarse de manera *ex officio*, es decir, por parte de cualquier autoridad en la esfera de su competencia, quedando obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*, aun cuando no sean solicitados expresamente por el ciudadano, lo que implicaría una suerte de suplencia de la queja en cualquier proceso o procedimiento, sea o no, seguido en forma de juicio.

## 2. *Jurisprudencia nacional en materia de protección a los derechos humanos enunciados*

El nuevo paradigma constitucional a que nos referimos, encuentra sustento jurisprudencial, entre otras, en las siguientes tesis que transcribiré, aclarando que por razones de espacio otras tantas serán omitidas.

Iniciamos con la de rubro "PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO"<sup>20</sup>, que sustancialmente se refiere la obligación de los órganos judiciales a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formalismos enervantes y evitar que cualquier irregu-

---

<sup>20</sup> Tesis I.3o.C. J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, t. 3, enero de 2013, p. 1829.



laridad formal se convierta en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo.

También tenemos la que se identifica con la voz "VÍA. BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, ES UN PRESUPUESTO PROCESAL SUBSANABLE POR EL JUZGADOR"<sup>21</sup>, en este caso se destaca la obligación del juzgador de corregir en beneficio del recurrente, la vía procesal elegida en caso de que la equivoque, superando así su otrora calidad de presupuesto procesal absoluto, privilegiando en su beneficio el favorecimiento de la acción (*pro actione*) y de conservación de las actuaciones, en él contenidos, primando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado tanto en el Artículo 17 de la Constitución federal, como en el diverso numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A mayor *inri*, tenemos la diversa de rubro "CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CUANDO UN DERECHO HUMANO ESTÉ RECONOCIDO EN NORMAS DE ÁMBITOS DISTINTOS, UNO NACIONAL Y OTRO INTERNACIONAL, EL JUEZ NO DEBE EJERCERLO EN TODOS LOS CASOS PARA RESOLVER UN CASO CONCRETO, SINO REALIZAR UN EJERCICIO PREVIO DE PONDERACIÓN ENTRE AMBAS PARA VERIFICAR CUÁL DE ELLAS CONCEDE UNA MAYOR EFICACIA PROTECTORA A LA PERSONA"<sup>22</sup>, que destaca por reconocer dentro del Derecho interno mexicano a la obligación de todas las autoridades de proteger no solo los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también en los tratados internacionales, además de una interpretación que procure en todo tiempo la protección más amplia.

Y en fecha más reciente encontramos la que predica "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. EL TRIBUNAL COLEGIADO ESTÁ FACULTADO PARA ANALIZAR LAS NORMAS QUE SIRVIERON DE BASE PARA RESOLVER UNA CONTROVERSIA Y SI ENCUENTRA UNA QUE SE OPONGA A LA CONSTITUCIÓN O A LOS TRATADOS INTERNACIONALES, DEBE ORDENAR QUE, PARA EL CASO EXAMINADO, SE EXPULSE DEL SISTEMA NORMATIVO"<sup>23</sup>, a través de la cual se indica la vinculación legal para los órganos jurisdiccionales de ejercer, *ex officio*, el control de convencionalidad, lo cual implica la obligación de velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal sino también en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable conforme al principio *pro persona*.

---

<sup>21</sup> Tesis I.3o.C. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, t. 2, diciembre de 2012, p. 1190.

<sup>22</sup> Tesis (III Región) 5o. J/10 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, t. II, marzo de 2014, p. 1358. Esta tesis se publicó el viernes 21 de marzo de 2014 a las 11:03 horas y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 24 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

<sup>23</sup> Tesis IV.1o.A.55 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 38, t. IV, enero de 2017, p. 2467. Esta tesis se publicó el viernes 27 de enero de 2017 a las 10:28 horas.



Finalmente, es insoslayable dejar de apuntar que en resolución de contradicción de tesis<sup>24</sup>, el Pleno de nuestra Corte Suprema sentenció que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que nuestro país haya sido o no, parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado<sup>25</sup>.

### **III. LA CUESTIÓN DE COLISIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y EL PROCEDIMIENTO ANTIDUMPING DE COMERCIO EXTERIOR**

Con toda seguridad más de un lector pueda cuestionar como aparente el problema detectado en el numeral anterior, aduciendo que no solo la Ley de Comercio Exterior, sino también otro instrumento internacional como el GATT '94<sup>26</sup>, mejor conocido como *Código Antidumping*, contienen un mecanismo para confrontar a la práctica desleal de comercio internacional, conocida mundialmente como *dumping*, y regulada en nuestro país como discriminación de precios.

Como referencia, baste decir que las normas actuales del GATT '94 proceden como resultado de la Ronda Uruguay de dicho organismo.

No obstante lo anterior y sin el menor ánimo de negar efectividad y fuerza jurídica a los instrumentos recién señalados, soy de la opinión que algunas de sus disposiciones colisionan claramente con el nuevo paradigma constitucional que se ha dado en México desde la reforma de 2011 en materia de derechos humanos.

Para aclarar lo anterior y profundizar de inmediato en el tema, me permitiré transcribir en lo conducente la redacción vigente del Artículo 1° de nuestro texto constitucional:

---

<sup>24</sup> Cfr. Contradicción de tesis 293/2011, que parcialmente limitó el principio *pro homine* al establecer que: (i) en caso de que la Constitución no regule algún derecho humano en particular, deberán aplicarse, en su caso, las normas contenidas en tratados internacionales; (ii) en caso de contradicción entre normas de la misma fuente, ya sean constitucionales o de tratados internacionales, deberá prevalecer aquella que resulte más favorable; y (iii) en el caso de que exista contradicción entre normas de distinta fuente, y este es precisamente el caso relevante, la norma de derechos humanos contenida en un tratado internacional podría verse limitada por la Constitución, incluso si la norma constitucional resulta menos favorable; visible en <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?tag=contradiccion-de-tesis-2932011>, consultada el 5 de abril de 2017.

<sup>25</sup> Cfr. JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Tesis P/J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. 1, abril de 2014, p. 204, publicada el viernes 25 de abril de 2014, 09:32 horas.

<sup>26</sup> *General Agreement on Tariffs and Trade*, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio al cual pertenece nuestro país desde 1986, y que en 1995 se convirtió en la Organización Mundial de Comercio, WTO, por sus siglas en inglés.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...

(Énfasis añadido)

De la simple lectura que se sirva dar el lector a la porción normativa del Artículo recién transcrito, podrá advertir el claro espíritu proteccionista de los derechos humanos, no solo reconocidos por nuestra Constitución, sino por cualquier tratado internacional que del que México sea parte. Lo anterior, adminiculado con el primer apartado del presente ensayo implica que, dentro del amplio espectro de los derechos humanos que tutela nuestra Ley Fundamental y/o los tratados sobre la materia, se encuentran el derecho humano a la igualdad, desarrollo y competencia económica, y tutela judicial efectiva entre otros, los cuales primarán sobre otras disposiciones de menor jerarquía sustancial que no atiendan ni satisfagan el principio *pro persona*.

Recordando el ejemplo con el que se pretende acreditar la colisión de derechos, tenemos que las disposiciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional recogidas en el *Código Antidumping* del GATT, hoy OMC<sup>27</sup> o la Ley de Comercio Exterior quedan muy cortas para salvaguardar los derechos humanos a que hice referencia en el párrafo que antecede, puesto que en ocasiones el procedimiento para lograr su existencia y, en consecuencia, defensa a través de la imposición de cuotas compensatorias, está plagado de disposiciones que se pueden considerar como trampas procesales.

Sin posibilidad de ser exhaustivo, ya que la metodología del presente trabajo no lo permite, comentaré un par de disposiciones básicas en materia del procedimiento para la determinación de prácticas desleales de comercio internacional que demostrarán ampliamente el problema detectado, para posteriormente proponer un esquema de solución.

---

<sup>27</sup> Organización Mundial de Comercio de la cual nuestro país es miembro desde su creación con el Acuerdo de Marrakech adoptado en la Ronda Uruguay del GATT.

Así las cosas, es de todos conocido que, uno de los requisitos de procedencia del referido procedimiento en materia de prácticas desleales de comercio internacional que se pretenda instaurar ante la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI)<sup>28</sup>, será que el solicitante, en los términos de la Ley de Comercio Exterior:

Artículo 50. La solicitud podrá ser presentada por organizaciones legalmente constituidas, personas físicas o morales productoras:

I. De mercancías idénticas o similares a aquéllas que se estén importando o pretendan importarse en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, o

...

*Los solicitantes deberán ser representativos de cuando menos el 25% de la producción total de la mercancía idéntica o similar, o directamente competidora, producida por la rama de producción nacional.*

...

(Énfasis añadido)

Es de recalcar, que el legislador nacional incorporó la disposición anterior con base en el GATT '94, que en su Artículo 5° establece:

5.1 Salvo en el caso previsto en el párrafo 6, las investigaciones encaminadas a determinar la existencia, el grado y los efectos de un supuesto *dumping* se iniciarán previa solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella.

...

5.4 No se iniciará una investigación de conformidad con el párrafo 1 si las autoridades no han determinado, basándose en el examen del grado de apoyo o de oposición a la solicitud expresado por los productores nacionales del producto similar, que la solicitud ha sido hecha por o en nombre de la rama de producción nacional. *La solicitud se considerará hecha "por la rama de producción nacional o en nombre de ella" cuando esté apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud. No obstante, no se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25 por ciento de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional*<sup>29</sup>.

...

(Énfasis añadido)

---

<sup>28</sup> Es la unidad administrativa del Gobierno de México, dependiente de la Secretaría de Economía, encargada de llevar a cabo investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional y salvaguardas, <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/industria-y-comercio/upci>, visitada el 5 de abril de 2017.

<sup>29</sup> [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/19-adp\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm), visitada el 04 de abril de 2017.

Relacionando las normas recién transcritas con el ejemplo utilizado, trae como consecuencia que el productor de las gafas de nuestro ejemplo debe necesariamente ser representativo de cuando menos el 25% de la producción total de la mercancía idéntica o similar, o directamente competidora a la que es objeto de *dumping*<sup>30</sup>, o bien asociarse con dicho porcentaje de productores nacionales para efectos de presentar la solicitud correspondiente.

Dicha disposición la noto claramente atentatoria al nuevo paradigma de derechos humanos e interpretación *pro persona*, ya que con independencia de que en ocasiones es una carga administrativa nada fácil de subsanar, puede convertirse en una trampa procesal al no poder satisfacer el requisito aludido y, en consecuencia, se le estaría poniendo en un claro ejemplo de denegación de justicia.

Es claro que en ocasiones los industriales nacionales están organizados satisfactoriamente a través de Cámaras de industria o comercio, pero no siempre sucede así y la redacción del Artículo 50 aludida, pudiera implicar que aquellos productores que representen el 24.99% de la producción total de la mercancía idéntica o similar, o directamente competidora a la que es objeto de *dumping*, quedaran sin protección alguna, situación que a todas luces es aberrante, puesto que se les obliga a asociarse para efectos de la defensa ante la práctica desleal, con sus competidores nacionales.

No hay que olvidar que por virtud del Artículo 8° del Pacto de San José, toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; mientras que el Artículo 25 de la misma Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar lo siguiente: la existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; que la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; el desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Sin embargo, dicho derecho fundamental previsto como el género de acceso a la impartición de justicia o tutela judicial efectiva, se encuentra detallado a su vez por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección,

---

<sup>30</sup> Recordemos que para efectos del presente, el problema lo ubicamos con un competidor que importa mercancías similares a las del productor mexicano, pero a un precio 50% por debajo de su valor normal en su país de origen y en cantidades similares a las producidas por el fabricante mexicano.

cuya fuente se encuentra en el Derecho Internacional, y que consisten en las garantías judiciales y de protección efectiva previstas respectivamente en los Artículos 8°, numeral 1, y 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las garantías mencionadas subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el Artículo 17 constitucional, y detallan sus alcances en cuanto establecen lo siguiente:

1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;
2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales;
3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga;
4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y,
5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por tanto, atento al nuevo paradigma del orden jurídico nacional surgido a virtud de las reformas que en materia de derechos humanos se realizaron a nuestra Carta Magna, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y a la reciente contradicción de tesis 293/2011, se estima que el Artículo 17 constitucional establece como género el derecho fundamental de acceso a la justicia con los principios que se derivan de ese propio precepto (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), mientras que los Artículos 8°, numeral 1, y 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevén garantías o mecanismos que como especies de aquel subyacen en el precepto constitucional mencionado, de tal manera que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esa prerrogativa fundamental; sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el derecho mencionado, debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al principio *pro homine* o *pro persona*, la interpretación más favorable que les permita el mayor acceso a la impartición de justicia.

No pasa desapercibido a quien redacta estas líneas que pudiera parecer que las disposiciones recién invocadas escapan a la etapa administrativa y solo resultan aplicables a la judicial o jurisdiccional, situación que a todas luces sería inconsistente con un sistema de interpretación difuso de la Constitución *pro persona*, ya que indirectamente parecería que la justicia estaría atenta a esperar la violación de la esfera jurídica del ciudadano en la etapa administrativa, para tratar de protegerlo en la judicial, cuando dicha posición es

claramente carente de sentido. *Mutatis mutandis* sería como establecer una campaña de salud promoviendo que la ciudadanía se enferme para entonces poder utilizar una política pública en materia sanitaria de reparto de medicinas, cuando lo mejor es la prevención.

Así, en el caso que nos ocupa, no debemos esperar hasta que el problema llegue a la justicia contenciosa administrativa o judicial para así salvaguardar el derecho humano a la tutela judicial efectiva, con el que se garantizaría también el diverso de igualdad y competencia, máxime que el tercer párrafo del Artículo 1° constitucional mexicano es claro al establecer:

...

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...

No soslayo el tema que sería impráctico, económica y administrativamente, el instaurar procedimientos en materia de prácticas desleales de comercio internacional a instancia de pequeños productores o fabricantes artesanales con un volumen de penetración en el mercado muy bajo, pero establecer el límite en 25% lo considero muy alto, puesto que una de dos: o solo se le permite el acceso al procedimiento a muy grandes productores, o bien, se obliga a los pequeños fabricantes a asociarse para efectos del procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional con su competencia directa, es decir, otros productores nacionales, situación que no parece ser, ni con mucho, la ideal.

Por si lo anterior fuera poco, por disposición del numeral 49 de la Ley de Comercio Exterior se desprende que el inicio del procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional a instancia de parte, requerirá el llenado de una solicitud, la cual contiene requisitos que también podrían considerarse como trampas procesales.

El contenido de la solicitud de referencia está enlistado en el arábigo 75 del Reglamento de la Ley que nos ocupa, el cual fue modificado el 22 de mayo de 2014, el cual, en la parte conducente es del tenor siguiente, aclarando que omitiré aquellos lineamientos que opino puedan dejarse de considerarse *per se*, como obstáculos al derecho humano de tutela judicial efectiva:

Artículo 75. La solicitud de parte interesada por la que se inicie una investigación administrativa en materia de prácticas desleales de comercio internacional, además de presentarse por escrito y de cumplir con los requisitos previstos en los artículos 50 y 51 de la Ley, se presentará con el formulario que expida la Secretaría, dicha solicitud

contendrá lo siguiente:

...

IV. *Volumen y valor de la producción nacional del producto* idéntico o similar al de importación;

V. *Descripción de la participación del promovente, en volumen y valor*, en la producción nacional;

...

VII. Descripción de la mercancía de cuya importación se trate, acompañando las especificaciones y características comparativamente con la de producción nacional y, los demás datos que la individualicen; *el volumen y valor que se importó o pretenda importarse* con base en la unidad de medida correspondiente y su clasificación arancelaria conforme a la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación;

VIII. *Nombre o razón social y domicilio de las personas que se tenga conocimiento efectuaron la importación o de quienes pretenden realizarla*, aclarando si dicha importación se realizó o realizará en una o varias operaciones;

IX. *Nombre del país o países de origen y de procedencia de la mercancía, según se trate, y el nombre o razón social de la persona o personas que se tenga conocimiento que realizaron o pretendan realizar la exportación presuntamente en condiciones desleales a México*<sup>31</sup>.

...

(Énfasis añadido)

Como se podrá apreciar fácilmente con la simple lectura de los fragmentos del Artículo recién citado, existe más de un requisito prácticamente de imposible satisfacción por parte del solicitante, como a continuación pretenderé demostrar:

Referente a las fracciones IV y V, se obliga al productor solicitante del inicio del procedimiento, a conocer su participación y descripción, en valor y volumen, de la producción nacional de la rama industrial de que se trate. Para poder obtener dichas cifras, debe conocer las relativas a la producción nacional, que en el mejor de los casos puedan ofrecer la Secretaría de Economía, como el INEGI<sup>32</sup>. Respecto de este instituto, cabe decir que la información con la que dispone no es lo suficientemente actualizada como para poder acreditar los extremos que solicita la UPCI a través de la solicitud de inicio del procedimiento contra prácticas desleales de comercio internacional.

Se arriba a la conclusión anterior, con la simple transcripción del contenido la página web del INEGI, que al referirse al censo económico dispone:

Son métodos estadísticos que se emplean para poder conocer las características de los establecimientos productores de bienes, comercializadores de mercancías y pres-

---

<sup>31</sup> [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5345708&fecha=22/05/2014](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345708&fecha=22/05/2014), visitada el 05 de abril de 2017.

<sup>32</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía.



tadores de servicios a nivel nacional, con un gran nivel de detalle geográfico y sectorial. Están integrados por varios proyectos, alusivos a los distintos sectores de actividad económica. Se llevan a cabo cada cinco años, en los años que terminan en 4 y en 9, para conocer la estructura económica del país. Para su levantamiento se utilizan cuestionarios diferenciados<sup>33</sup>.

De la transcripción arriba señalada, tenemos que el último censo económico realizado fue el de 2014<sup>34</sup>, que por lógica metodológica contendrá datos de 2013, es decir, de hace casi cuatro años, con lo cual no se estaría en posibilidad de satisfacer los requisitos establecidos en las fracciones IV y V del Artículo 75 del Reglamento que anunciamos.

Por otra parte, respecto de las fracciones VII, VIII y IX referente a la cantidad y valor de la mercancía importada, identificada por la fracción arancelaria utilizada en su introducción, así como el nombre del importador y el país de origen o procedencia de la referida mercancía, se está frente a un problema más grande todavía.

La información anterior razonablemente se pudiera obtener, en la medida que el solicitante contara con los pedimentos de importación y documentación aduanera de soporte de los mismos. Sin embargo, existen al menos un par de disposiciones legales que impiden tal hecho.

Entre ellas, se encuentra el Artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, que en la parte que nos interesa dispone lo siguiente:

El personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación. Dicha reserva no comprenderá los casos que señalen las leyes fiscales y aquellos en que deban suministrarse datos a los funcionarios encargados de la administración y de la defensa de los intereses fiscales federales, a las autoridades judiciales en procesos del orden penal o a los Tribunales competentes que conozcan de pensiones alimenticias o en el supuesto previsto en el artículo 63 de este Código. Dicha reserva tampoco comprenderá la información relativa a los créditos fiscales firmes de los contribuyentes, que las autoridades fiscales proporcionen a las sociedades de información crediticia que obtengan autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de conformidad con la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, ni la que se proporcione para efectos de la notificación por terceros a que se refiere el último párrafo del artículo 134 de este Código, ni la que se proporcione a un contribuyente para verificar la información contenida en los comprobantes fiscales digitales por Internet que se pretenda deducir o acreditar, expedidos a su nombre en los términos de este ordenamiento.

---

<sup>33</sup> <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/ce/>, visitada el 05 de abril de 2017.

<sup>34</sup> <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/ce/ce2014/>, visitada el 05 de abril de 2017.

...

De igual forma, se podrá proporcionar al Instituto Nacional de Estadística y Geografía información de los contribuyentes para el ejercicio de sus atribuciones.

La información comunicada al Instituto Nacional de Estadística y Geografía, le serán aplicables las disposiciones que sobre confidencialidad de la información determine el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en términos de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica y de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Sólo podrá ser objeto de difusión pública la información estadística que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía obtenga con los datos a que se refiere el presente artículo.

...

(Énfasis añadido)

Así las cosas, es importante tomar en consideración que el pedimento de importación, documento a través del cual se pudiera obtener la información requerida en las fracciones VII, VIII y IX antes mencionadas, a decir de la fracción XVI del Artículo 2° de la Ley Aduanera es: "... la declaración en documento electrónico, generada y transmitida respecto del cumplimiento de los ordenamientos que gravan y regulan la entrada o salida de mercancías del territorio nacional, en la que se contiene la información relativa a las mercancías, el tráfico y régimen aduanero al que se destinan, y los demás datos exigidos para cumplir con las formalidades de su entrada o salida del territorio nacional, así como la exigida conforme a las disposiciones aplicables". Por lo que claramente cae dentro del rubro de protección de la primera parte del primer párrafo del Artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, líneas arriba citado.

En abundancia, se destaca que no solo existe un impedimento legal para obtener de las autoridades aduaneras<sup>35</sup> la información que requiere el formulario de solicitud de inicio de un procedimiento en materia de prácticas desleales de comercio internacional, sino que también los hay para obtener la referida información por parte de los particulares.

Situación anterior que se corrobora con la simple lectura, entre otros, del numeral 8° de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, que al efecto dispone:

Todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por la presente Ley.

El consentimiento será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.

Se entenderá que el titular consiente tácitamente el tratamiento de sus datos, cuando

---

<sup>35</sup> Y autoridades hacendarias en general, incluyendo por supuesto las del Servicio de Administración Tributaria.

habiéndose puesto a su disposición el aviso de privacidad, no manifieste su oposición. Los datos financieros o patrimoniales requerirán el consentimiento expreso de su titular, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 10 y 37 de la presente Ley.

Al ser evidente que las operaciones mercantiles de importación o producción de mercancías realizadas por los comerciantes implican necesariamente una modificación favorable o desfavorable para su situación financiera y patrimonial, es claro que las Cámaras industriales o comerciales que suelen contar con la información estadística que hemos estado analizando, requerirán del consentimiento expreso de cada una de las fuentes de información que se alleguen, lo cual nuevamente pone al solicitante de un procedimiento contra prácticas desleales de comercio internacional, en una trampa procesal al serle requerida información y obligársele a que presente las probanzas correspondientes, cuando en muchos casos no solo es que le sea difícil obtenerla, sino que legalmente tiene acotada la vía para ello.

Expuesta de manera sucinta la problemática presentada, es clara la consecuencia. Presentándose la práctica desleal de comercio internacional conocida como *dumping*, el productor afectado deberá iniciar un procedimiento de investigación en la materia que nos ocupa, debiendo cumplir con dos requisitos primordiales; representar o asociarse para efectos de la investigación, con al menos el 25% de la rama de producción nacional de que se trate, aún y cuando implique compartir información con su competencia directa y cumplimentar una solicitud plagada de requisitos los cuales muchas veces serán infranqueables, como ya se expuso.

En el inicio del procedimiento anterior se puede presentar la denegación a su derecho humano de tutela judicial efectiva, ocasionando muy probablemente que el resultado del procedimiento iniciado le sea adverso, con lo cual tendrá que concurrir en un mercado en claras condiciones de desigualdad –o lo que es lo mismo viendo vulnerado su derecho humano a competir de manera igual con el resto de los productores–, afectándose no solo el fabricante de nuestro ejemplo a nivel corporativo, sino también su personal, y las industrias asociadas con dicho productor, en la medida que disminuyan sus ventas al acceder a un mercado marcado por la depredación de precios.

Ante el panorama anterior, queda formularnos una pregunta: ¿qué solución puede ser viable? A lo cual una respuesta puede estar enfocada a lo siguiente.

#### **IV. PROPUESTA DE UNA SOLUCIÓN**

El numeral 49 de la Ley de Comercio Exterior faculta a la Secretaría de Economía<sup>36</sup> a iniciar de manera oficiosa una investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional, integrando el expediente respectivo y dictando la resolución que corresponda. Misma situación que no es desconocida para la Organización Mundial de Comercio, puesto

---

<sup>36</sup> A través de la UPCI.

que el Artículo 5.6 del GATT '94 lo permite en los términos siguientes: "...Si, en circunstancias especiales, la autoridad competente decidiera iniciar una investigación sin haber recibido una solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella para que se inicie dicha investigación, sólo la llevará adelante cuando tenga pruebas suficientes del *dumping*, del daño y de la relación causal, conforme a lo indicado en el párrafo 2, que justifiquen la iniciación de una investigación..."<sup>37</sup>

Es claro advertir que el Estado, gozando de la facultad de *imperium* de la cual carecen los sujetos involucrados en el procedimiento que nos ocupa, a la par que cuenta de primera mano con la información contenida en todos los pedimentos de importación tramitados, puesto que la misma es transmitida a través del Sistema Electrónico Aduanero<sup>38</sup> administrado por el propio Estado.

Así también, en caso que se requiriera solicitar información a terceros países en el curso de una investigación de prácticas desleales de comercio internacional, es el propio Estado la parte signataria de los tratados internacionales en materia de intercambio de información.

En las condiciones anteriores y con el ánimo de salvaguardar en todo momento el pleno acceso al derecho humano de tutela judicial efectiva y con la obligación que tienen todas las autoridades de interpretar de la manera más benéfica posible los tratados internacionales custodios de los derechos humanos; interpretación que además debe ser *ex officio* a favor del gobernado, la obligación de recolectar la información contenida en las solicitudes de inicio de un procedimiento en materia de prácticas desleales de comercio internacional a que hice referencia páginas atrás, debe recaer en la autoridad, cuando así se lo solicite el productor nacional, siempre y cuando aporte pruebas mínimas de su derecho subjetivo en la materia.

En abundancia sobre el particular, Jorge Witker menciona como función principal de la UPCI el realizar la investigación *antidumping*<sup>39</sup>, lo que involucra la búsqueda o comprobación de los elementos de las prácticas desleales, así como la determinación de la relación causal entre dichos elementos, lo cual desemboca en la determinación de cuotas compensatorias.

---

<sup>37</sup> [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/19-adp\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm), visitada el 04 de abril de 2017.

<sup>38</sup> Cfr. Artículos 36 y 36-A de la Ley Aduanera.

<sup>39</sup> Cfr. Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Derecho del Comercio Exterior*, op. cit., p. 523.

## V. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

CRUZ BARNEY, Óscar, *Antidumping*, Barcelona, Bosch, 2013.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge Alberto, *Derecho del Comercio Exterior*, México, UNAM-IIJ, 2011, Serie Doctrina Jurídica.

WITKERVERLÁSQUEZ, Jorge, y VARELA, Angélica, *Derecho de la Competencia Económica en México*, México, UNAM-IIJ, 2003.

### 2. Legislación

*Código Fiscal de la Federación.*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Ley Aduanera.*

*Ley de Comercio Exterior.*

*Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.*

*Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.*

### 3. Tratados internacionales

*Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.*

*Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

*Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la ONU.*

*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*



## LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Caleb RODRÍGUEZ OCAMPO<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Obligación de las autoridades administrativas en materia de derechos humanos.* III. *Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades administrativas.* IV. *Conclusiones: la barrera que México debe traspasar.* V. *Fuentes de información.*

### RESUMEN

En años recientes, para México los derechos humanos han simbolizado un avance significativo en el actuar de sus autoridades, para así resaltar el Estado de Derecho y garantizar un lugar donde prevalecerán la legalidad y la justicia para todos sus gobernados.

Como tal, México reconoce la obligación del Poder Judicial en realizar un control de convencionalidad, que implica que todos los jueces deben ponderar los derechos contenidos en las leyes internas con lo determinado por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que somos parte, con la finalidad de otorgar siempre el mayor beneficio para que toda perso-

### ABSTRACT

In recent years, for Mexico, the Human Rights have symbolized the significant advance in the actions of its authorities, so to highlight the rule of law and guarantee the place where legality and justice prevail for all it's governed.

As such, Mexico recognizes the obligation of the Judiciary to ensure conformity with treaties, which implies that all judges must weigh the rights contained in national laws as determined by the Constitution and the International Treaties on Human Rights of which we are part, that with the purpose of always granting the greatest benefit so that all people enjoy their rights fully, this weighing does not imply to

---

<sup>1</sup> Licenciatura en Derecho y Especialidad en Administración Pública por la Universidad de Matehuala, S.C. Maestría en Derecho Fiscal por la Universidad del Valle de México (UVM). Licenciatura en Relaciones Internacionales (cursando) en el Sistema SUAyED de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Experiencia como docente en la Universidad de Matehuala y la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez; experiencia como Verificador de Mercancías en la Aduana de Ciudad Juárez (SAT) y Asesor Jurídico en la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Delegación San Luis Potosí. Actualmente dedicado a la investigación, docencia y Titular del Despacho Jurídico Iustitia en Matehuala; áreas de trabajo en Derecho Administrativo, Fiscal, Mercantil y Amparo.



na goce plenamente de sus derechos, dicha ponderación no implica catalogar una norma como inconstitucional, sino que, las autoridades mexicanas en el ámbito de su competencia puedan desaplicar aquellas que ocasionen conflicto, y en su lugar aplicar las que resulten procedentes, siempre y cuando otorguen mayor beneficio a los derechos de los particulares.

Lo que se ha pasado por alto es que las autoridades administrativas, al ser parte del Poder del Estado, también emiten y controlan actos que pueden perjudicar gravemente los derechos de las personas sujetas a sus competencias, por lo que atendiendo a los criterios internacionales del Sistema Americano, resulta idóneo que para que un Estado de Derecho y Democrático sea pleno, también estas autoridades a cargo del Ejecutivo, ponderen las normas de su competencia y hagan prevalecer el derecho que más protección otorgue a los gobernados.

#### **PALABRAS CLAVE**

Estado. Poder Ejecutivo. Administración Pública. Autoridades Administrativas. Derechos Humanos. Constitución. Derechos Fundamentales. Control Difuso de Convencionalidad. Gobierno. Gobernado. Estado de Derecho. Criterios Jurisprudenciales.

classify a rule as unconstitutional, but that the Mexican Authorities within the scope of their competence can dislodge those that cause conflict, and in its place to apply those that are appropriate, as long as they give greater benefit to the rights of individuals.

What has been overlooked is that the Administrative Authorities, when being part of the State Power, also issue and control acts that can seriously damage the rights of the people subject to their competencies, so that according to the International Criteria of the American System, It is appropriate that in order for a State of Law and Democracy to be full. Also these Authorities in charge of the Executive, ponder the norms of their competence and make prevail the right that gives more protection to the governed.

#### **KEY WORDS**

State. Executive Branch. Public Administration. Administrative Authorities. Human Right. Constitution. Fundamental Rights. Conformity with treaties. Government. Governed. Rule of Law. Jurisprudential Criteria.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos publicadas en junio de 2011 abrieron un panorama jurídico que se ve reflejado en la ampliación de los derechos de las personas y sobre todo de las acciones que las autoridades del Estado deben tomar en consideración, a efecto de proporcionar un trato justo y fortalecer la relación que existe entre el Gobierno y el gobernado; con esto, México fortalece a sus instituciones, entre estas a la Administración Pública Federal centralizada, a fin de que sus representantes observen en todo momento los derechos humanos que la Constitución reconoce y los que son adheridos por parte de los tratados internacionales suscritos por el Estado; bajo estos criterios

normativos, los controles constitucionales adquieren mayor rigor dentro de la actuación de las autoridades estatales para proporcionar certidumbre y plena legalidad a sus actos.

El presente ensayo tiene su conveniencia en lo conducente a los derechos humanos de las personas, quienes son los sujetos que se ven vinculados con los actos administrativos de aquellos que actúan en nombre del Estado.

## **II. OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

Es conocido que todo acto de autoridad debe ajustarse a los principios constitucionales de legalidad, fundamentación y motivación, así como los dispuestos por las leyes de competencia de cada una de las autoridades, sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales de los que México es parte, para esto, la Constitución federal manifiesta en su Artículo 1º, párrafo tercero, la imposición que toda autoridad debe cumplir, que sus actos se encuentren ajustados a derecho, por ende, los actos administrativos deben estar revestidos de legalidad y de apego a los principios normativos de los derechos humanos, buscando siempre el mayor beneficio, material y legal, para que toda persona sometida a la jurisdicción del Estado, reciba un trato justo y no arbitrario al momento en que se ejerce un acto de molestia en su contra, o bien cuando se formulen aquellas políticas que tiendan a proteger y solventar las necesidades generales y particulares de la población.

En ese esquema de protección a los derechos humanos, las autoridades administrativas tienen una obligación sumamente importante, para que al momento de llevar a cabo sus actividades propias del ejercicio de facultades y emitan cualquier acto, se sirvan a encaminarlos, no solo a la legalidad que, por estricto derecho deben efectuar, sino también al hecho de que su labor es con personas, por ello, en todo momento deben buscar las normas que mayor beneficio otorguen a los particulares dentro de su ámbito de competencia, o bien desaplicar un ordenamiento normativo que se encuentre en sus facultades, a fin de cumplir cabalmente con la obligación constitucional referida en el numeral citado en líneas ulteriores y más aún, realizar sus funciones al amparo del control difuso de convencionalidad "*ex officio*" o control de convencionalidad, y desarrollarse como una autoridad del Estado que no solo cumpla con los estándares constitucionales de Derechos Humanos, sino con los compromisos internacionales contraídos, como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

La trascendencia de un Estado de Derecho se debe también reflejar en los actores de la Administración Pública, al momento en que elaboran o ejecutan sus políticas y actos con motivo del uso de sus facultades, cumplan con lo dispuesto por las leyes internas y los compromisos internacionales de México en garantizar los derechos fundamentales de toda persona, lo cual obliga a que la autoridad administrativa vincule su actuación al control

de convencionalidad para así obtener una política o acto que sea justo y respetuoso de la legalidad del Derecho interno y el Derecho Internacional.

### **III. CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CUANTO AL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**

Ante la máxima “las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite” encontramos una diferencia de criterios entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la primera vacila en obligar a las autoridades administrativas a llevar un control de convencionalidad en la determinación de sus actos, mientras que la segunda, afirma que es una obligación que no está sujeta a una voluntad del Estado, sino a una obligación como garante de los derechos humanos, a saber:

#### *1. Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

Sobre el tema que nos ocupa, nuestro Máximo Tribunal señala:

CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO<sup>2</sup>.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) (\*), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Amparo directo en revisión 1640/2014. Ramón Enrique Luque Félix. 13 de agosto de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales.

---

<sup>2</sup> Tesis 2a. CIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 1097.

Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Fernando Franco González Salas.  
Secretarios: Maura Angélica Sanabria Martínez y Everardo Maya Arias.

Nota: (\*) La tesis aislada P. LXIX/2011 (9a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, página 552, con el rubro: "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."

Esta tesis se publicó el viernes 3 de octubre de 2014 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

## 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, el referido órgano jurisdiccional internacional apunta lo siguiente:

Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas<sup>3</sup>.

*Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.*

En el mismo sentido: Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 218.

Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones<sup>4</sup>.

*Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que*

---

<sup>3</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

<sup>4</sup> Sentencia de 24 de febrero de 2011.

los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

*La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.*

Caso Rocha Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas<sup>5</sup>.

Además, ha dispuesto en el *Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños* que el Estado debe asegurar que la *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz* no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares, acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. *Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...*

Observa lo anterior, se vislumbra una discrepancia entre las Cortes, esto trae consigo un panorama inexacto sobre el proceder de las autoridades administrativas en uso del control de convencionalidad; con base a la justicia, debería prevalecer el criterio emitido por la Corte Interamericana, siendo ese el que mayor beneficio otorga y cumple

---

<sup>5</sup> Sentencia de 14 de octubre de 2014.

con la obligación constitucional descrita en su apartado dogmático, donde el Estado y la Suprema Corte deben recordar que a raíz de la reforma Constitución mexicana de 2011, los derechos humanos no son otorgados, sino que son *reconocidos* como un aspecto inherente a toda persona, uno que no está en manos del Estado entregarlo para su goce, lo único que está a su alcance es el poder para hacerlos efectivos y garantizarlos a toda persona.

#### **IV. CONCLUSIONES: LA BARRERA QUE MÉXICO DEBE TRASPASAR**

Notoriamente, queda mucho camino por recorrer en cuanto a derechos humanos se refiere, sin lugar a dudas las autoridades administrativas como parte del Estado, tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad para garantizar de forma plena los derechos fundamentales de las personas que sujetan a sus actos, además de que con ello el Estado de Derecho sería notoriamente emblemático, cumpliendo además lo que dispone el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la eficiencia y la sencillez de los recursos que los particulares invocan para la protección de sus derechos, donde se procura eliminar todo tipo de trabas para alcanzar la justicia efectiva.

Así, tal es la razón de que la Corte Interamericana estima necesario que todas y cada una de las instituciones del Estado realicen el control de convencionalidad, ampliando con esto y de una forma por demás productiva y eficiente el ejercicio de su competencia, la que implica que para hacer frente a esta obligación no es necesario que el gobernado acuda a una instancia jurisdiccional o que accione el procedimiento contencioso, todo lo contrario, la actuación de las autoridades administrativas, en todo momento debe crear y poner en marcha una política que no debe ser contenciosa, ni tampoco consultiva, sino *ex officio*, por ende, es innegable que siempre deben atender a los principios normativos de derechos humanos y recordar que el fin del Estado, es el bienestar y el pleno desarrollo de los individuos que hacen su vida política y social con este.

## V. FUENTES DE INFORMACIÓN

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 24 de febrero de 2017.*

*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 7 al 22 de noviembre de 1969.*

*Corte Interamericana de Derechos, jurisprudencia, (02 de 05 de 2017), <http://corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>.*

*Semanario Judicial de la Federación, (02 de 05 de 2017), <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>.*



## EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Alfonso SANTIAGO<sup>1</sup>

*“Es preferible ser pobres en un imperio rico,  
que ser ricos en un imperio pobre”*

Valerio Máximo

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *El concepto de políticas públicas.* III. *Políticas públicas, bien común político y Derecho Constitucional: un nuevo paradigma constitucional.* IV. *El encuadramiento de las políticas públicas en la temática del Derecho Constitucional.* V. *Las bases de Alberdi, una obra precursora del Derecho Constitucional de las políticas públicas.* VI. *Conclusión.* VII. *Fuentes de información.*

### I. INTRODUCCIÓN

El concepto de políticas públicas ha irrumpido en el escenario académico de nuestros días y hoy ocupa un lugar destacado en la Ciencia Política, la Administración Pública, la Economía, la Sociología y la Comunicación<sup>2</sup>. Sin embargo, parecería que la ciencia jurídica, en particular el Derecho Público, no le ha prestado aún la debida atención. El objetivo de estas líneas es hacer unas reflexiones de cómo este concepto, este término y su respectiva realidad, pueden ser recibidas en el ámbito del Derecho Constitucional<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y miembro correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid.

<sup>2</sup> En relación a las distintas aproximaciones al concepto de políticas públicas, desde las diversas perspectivas científicas, señala Osvaldo Henríquez Subdere que: “para la economía, el énfasis está dado en los factores económicos que influyen en las políticas públicas, tales como el crecimiento económico, la productividad y el empleo. Las herramientas de la Economía son utilizadas ya sea para promover cierto tipo de políticas o bien para explicar su éxito o fracaso. Para la Sociología, en cambio, el énfasis gira en torno al conjunto de demandas que pueden ejercer la comunidad y los grupos en el proceso de construcción de las políticas públicas. La Ciencia Política, por otra parte, enfatiza el papel que juega el proceso político en la generación e implementación de las políticas públicas. En el caso de la Administración Pública, se enfatiza la gerencia de los programas públicos como una parte importante del proceso de desarrollo de las políticas públicas”; *Guía metodológica para la formulación de políticas públicas regionales*, Santiago de Chile, Ministerio del Interior, 2009, p. 12.

<sup>3</sup> Afirma el constitucionalista alemán Peter Haberle: “el tema de las tareas del Estado no puede ser olvidado ni por la teoría de la Constitución ni por los creadores de textos constitucionales. Es tan importante que asume el rango de Derecho Constitucional material y, por tanto, una configuración normativa variable en el texto constitucional (con nuevos temas como salud, medio ambiente,

## II. EL CONCEPTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El concepto de política pública ha sido ya teorizado desde las distintas ciencias antes mencionadas. Aquí pretendemos formular algunas explicaciones básicas y fundamentales, remitiendo al lector a las obras que desarrollan con más profundidad el concepto y la teoría de las políticas públicas<sup>4</sup>.

Señala Peter J. May que:

Las políticas públicas establecen los cursos de acción para abordar los problemas o para proporcionar los bienes y servicios a los segmentos de la sociedad. Las políticas hacen más que simplemente anunciar un curso de acción. Típicamente suelen contener un conjunto de intenciones de objetivos, una mezcla de instrumentos o medios para la consecución de las intenciones, una designación de entidades gubernamentales o no gubernamentales encargadas de llevar a cabo las intenciones, y una asignación de recursos para las tareas requeridas. La intención es luego caracterizada por el nombre de la política, en el lenguaje utilizado para comunicar los objetivos de la política y de la particular combinación de instrumentos de la política<sup>5</sup>.

Las políticas públicas constituyen una respuesta o propuesta de solución a determinadas situaciones problemáticas o insatisfactorias que han sido identificadas como problemas relevantes en ciertos ámbitos circunscritos de realidad, las cuales expresan el mandato o voluntad de la autoridad de gobierno. En otras palabras, "las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos"<sup>6</sup>, formuladas principalmente a partir de las demandas sociales concretas.

Cabe añadir de modo complementario a lo ya dicho que las políticas públicas no solo constituyen respuestas de los órganos de gobierno a los problemas que les plantea la realidad social, sino que también, de modo proactivo, representan las decisiones que los órganos de gobierno adoptan e implementan de cara a los desafíos y posibilidades de un determinado momento histórico. Las políticas públicas a veces son coyunturales, como respuestas a situaciones y problemas concretos de determinados momentos o escena-

---

política de medios de comunicación, protección del consumidor, etc.); *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003, p. 252.

<sup>4</sup> Pueden verse, entre muchos otros, los siguientes trabajos: Subirats, Joan, Knoepfel, Peter, Larrue, Corinne y Varone, Frédéric, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona, Ariel, 2008; Lahera, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Santiago de Chile, FCE, 2008; *Política y políticas públicas*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004, Serie Políticas Sociales, número 95; "Del dicho al hecho: ¿Cómo implementar las políticas?"; *Revista del CLAD, Reforma y Democracia*, Caracas, número 35, junio de 2006.

<sup>5</sup> "Policy design and implementation", en Peters, B. Guy, y Pierre, Jon (editors), *Handbook of Public Administration*, London, Sage, 2003, pp. 223-233.

<sup>6</sup> Cfr. Lira, Luis, *Revalorización de la planificación del desarrollo*, Santiago de Chile, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), 2006, Serie Gestión Pública, número 59.

rios históricos, y otras veces tienen un carácter permanente, porque se trata de bienes esenciales que han de conseguirse en todo momento.

Las políticas públicas no representan otra cosa que el Estado de nuestros días en acción, buscando alcanzar los fines que la Constitución y la propia realidad social le demandan<sup>7</sup>.

La política pública es una categoría general con la que se pretende abordar el análisis de la acción estatal de gobierno, articulando las acciones del sector público con las del sector de la sociedad civil y el mercado. No explica ni alude única o necesariamente al accionar de los órganos de gobierno o de la Administración Pública, sino que expresa lo que la comunidad política, en su conjunto, realiza para alcanzar el logro de determinados objetivos y bienes públicos.

Se distinguen cuatro momentos en la dinámica o ciclo de una política pública:

- a) Su incorporación a la agenda de gobierno, en base a la demandas sociales y/o la decisión gubernamental de encarar un determinado problema o desafío;
- b) El diseño de política pública, con la definición de los objetivos, medios, actores y acciones que se pretenden poner en marcha de modo coordinado;
- c) Su ejecución o implementación efectiva;
- d) La evaluación de su impacto.

Es de reconocer los siguientes elementos básicos propios de lo que puede considerarse una política pública:

- a) Decisión política adoptada por los órganos de gobierno competentes;
- b) Formulación y definición y de objetivos claros y mensurables que se procurará alcanzar mediante la política pública;
- c) Instrumentación técnica a través de la puesta en marcha de medios que sean idóneos para el logro del objetivo propuesto y que sean coherentes entre sí;
- d) Cierta énfasis, impulso y acento mantenidos a lo largo del tiempo que orientan la acción de gobierno, administrativa y, en su caso, del sector privado para alcanzar los objetivos propuestos.

---

<sup>7</sup> “Si bien muchas de las decisiones públicas se caracterizan por la contingencia y por los requerimientos de dar solución a situaciones percibidas como problemáticas por la ciudadanía, esto no siempre es así. Los gobiernos tienen proyectos de país, anhelos de una sociedad que conjugue mejor los ideales democráticos de libertad e igualdad. Hay un componente normativo importante (un deber ser), que está presente en las políticas públicas, aunque el día a día no permita ver muchas veces las cuestiones más sustantivas, valóricas, de justicia si se quiere, del país que queremos, aquel que construimos y que seguiremos construyendo. Eso es la política, eso son las políticas públicas. Existe, sin lugar a dudas, una dimensión normativa a tener presente en la discusión acerca de las políticas públicas, pero es muy importante no perder de vista que las políticas públicas deben encarnar los valores que corresponden al ordenamiento público y no las preferencias particulares de personas o grupos. A su vez, se debe cautelar el debido equilibrio entre lo normativo (deseable) y lo que realmente es posible hacer (restricciones)”; *Guía metodológica para la formulación de políticas públicas regionales, op. cit.*, p. 32.

En el desarrollo de una determinada política pública cabe distinguir entre la política pública en sí considerada y los planes, programas y proyectos que tienden a su logro, en un crecimiento grado de desagregación y concreción.

El catálogo de las políticas públicas podría ser infinito. Sin embargo, a modo meramente enunciativo podríamos hablar de las siguientes políticas públicas principales o permanentes:

- Política de defensa;
- Política de seguridad;
- Política económica, con todas sus partes componentes;
- Política de educación;
- Política de salud;
- Política de desarrollo social;
- Política cultural;
- Política de planeamiento urbano;
- Política de infraestructura y servicios públicos;
- Política ambiental;
- Políticas de vivienda;
- Política de organización y carrera administrativa;
- Políticas de transparencia, acceso a la información y gobierno abierto;
- Política de ciencia y técnica.

El elenco de las diversas políticas públicas suele estar vinculado con las distintas áreas del gobierno moderno y con la organización de los ministerios y demás organismos de la Administración Pública que tienen a su cargo la gestión de los asuntos comunes.

### **III. POLÍTICAS PÚBLICAS, BIEN COMÚN POLÍTICO Y DERECHO CONSTITUCIONAL: UN NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL**

Hemos ya visto las importantes transformaciones y replanteo que para el Derecho Constitucional significa pensar las instituciones desde la óptica del bien común político y de las políticas públicas.

En la Constitución nacional se pueden señalar claros ejemplos de políticas públicas establecidas en la Carta Magna. Entre las principales, podemos señalar la cláusula alberdiana del progreso, de los Artículos 75, incisos 18 y 125; la pauta del progreso humano con justicia social y de igual desarrollo de provincias y regiones, consagrada en el Artículo 75, inciso 19; los lineamientos del régimen constitucional de coparticipación federal de impuesto, establecidos en el Artículo 75, inciso 2, párrafos del 2 al 6; la política en relación a los pueblos originarios normada en el Artículo 75, inciso 17.

Son varias las Constituciones del Derecho Comparado y del Derecho Público provincial, que consagran secciones y capítulos a establecer los principios que guiarán la formulación y ejecución de las principales políticas públicas. Así, por ejemplo, el diseño de

la Constitución de la ciudad de Buenos Aires parecería adherir implícitamente al modelo que estamos planteando. Los Artículos 10 al 16 reconocen los derechos y garantías de sus habitantes, y entre los Artículos 17 al 59, a lo largo de 20 capítulos, formula los principios fundamentales orientadores de las políticas públicas especiales que encomienda a los poderes constituidos. En el marco de esas políticas aparecen insertados muchos de los derechos de sus ciudadanos.

Es claro el enriquecimiento que, para la ciencia del Derecho Constitucional puede aportar la perspectiva de las políticas públicas. Se tratará de ver cuál es el significado y contenido de cada uno de los bienes públicos que inspiran y movilizan las políticas públicas y con qué medios o instrumentos pueden ser alcanzados, en una visión más completa e incluyente del fenómeno político que la perspectiva de los derechos humanos. Se trata de desarrollar de modo complementario una visión "macro" y otra "micro", de la dimensión jurídica de la vida política.

#### **IV. EL ENCUADRAMIENTO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA TEMÁTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

¿Qué puntos de encuentro cabe señalar entre el Derecho Constitucional y las políticas públicas? ¿Cuáles de sus conceptos tienen alguna vinculación especial con esta nueva categoría?

El Derecho Constitucional es la rama jurídica que se ocupa del diseño organizativo fundamental del Estado y del gobierno; de formular los fines que se pretenden alcanzar y señalar lo que considera medios adecuados a tal fin; de establecer los mecanismos de limitación, control, coordinación y cooperación recíproca de los órganos de gobierno y de reconocer los derechos fundamentales que se atribuyen a los ciudadanos y grupos sociales. Desde esta perspectiva, son muchos los puntos de contacto que se pueden establecer entre el Derecho Constitucional y el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas. Entre estos puntos de contacto cabe mencionar los siguientes:

- a) La determinación de la competencia, atribuciones y procedimientos mediante los cuales los distintos niveles y órganos de gobierno van a diseñar, ejecutar y evaluar sus políticas públicas, preservando el principio de división de poderes, corrección funcional y subsidiariedad;
- b) Los fines y objetivos que la Constitución nacional establece para ser alcanzados mediante la acción coordinada de los órganos de gobierno y demás sectores comprometidos;
- c) El necesario respeto del contenido esencial de los derechos humanos, que se ha de guardar en la implementación de la política pública y su razonabilidad técnica y jurídica;
- d) La creación y fomento de mecanismos de participación ciudadana que aseguren la mayor legitimidad y transparencia en las políticas públicas, y el que sean

- oídas y tenidas en cuenta las voces y razones de las distintas personas y sujetos afectados por ellas;
- e) La armonización de los ámbitos de la discrecionalidad legislativa y administrativa en el diseño, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas;
  - f) El presupuesto como instrumento trascendental para la definición y ejecución armónica de las políticas públicas;
  - g) Los procedimientos de coordinación y articulación de las diversas políticas públicas, tanto entre los distintos niveles de gobierno (federal, provincial y municipal), como los diversos organismos que forman parte de un mismo nivel de gobierno, por ejemplo, entre ministerios y secretarías de Estado, y entre el sector público y el privado;
  - h) Los mecanismos de control y responsabilidad que la Constitución nacional establece en relación con quienes ocupan cargos de gobierno, y diseñan y ejecutan políticas públicas.

Así como se han ido desarrollando conceptos y metodologías propias para la posterior evaluación judicial de las políticas públicas decididas por los poderes públicos, como por ejemplo, el análisis de proporcionalidad, habrá que pensar en instrumentos y prácticas que evalúen previamente su razonabilidad y el impacto, también desde el punto de vista jurídico, de aquellas que se decidan instrumentar. La Unión Europea ya prevé que las normas emanadas de sus órganos fundamenten previamente cómo sus disposiciones respetan los principios de subsidiariedad y razonabilidad, establecidos en los tratados comunitarios.

## **V. LAS BASES DE ALBERDI, UNA OBRA PRECURSORA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Las Bases* de Alberdi, obra publicada a mediados de 1852, es una de las primeras publicaciones doctrinarias acerca del Derecho Constitucional de las políticas públicas. En ella, Alberdi no se limita a proponer y fundamentar el modo de la organización constitucional, como también ya lo había hecho de modo extraordinario *El Federalista*, casi setenta años antes, sino que señala y formula las políticas públicas que deberán ser puestas en marcha de modo coordinado y coherente por los poderes públicos que resulten de la organización constitucional. El gran tucumano no se limita a esbozar tan solo la organización institucional, sino que presenta las acciones o políticas públicas a instrumentar por los órganos del gobierno federal para alcanzar los objetivos constitucionales que allí mismo se formulaban.

Nos dice Jorge Mayer que:

*Las Bases* no fueron un tratado teórico de Derecho Constitucional. Tenían un fin práctico, exponer los males lacerantes que afectaban al país y los medios para remediarlos... Libro catalítico, iba al fondo de los problemas concretos. La población,



los ferrocarriles, la educación, la navegación de los ríos, el respeto a la propiedad, al trabajo y la industria, la seguridad de los derechos humanos eran sus temas cardinales. Por encima de facciones, daba en fórmulas sencillas las soluciones coincidentes, que habían buscado los viejos unitarios y los auténticos federales, los que habían emigrado y los que habían padecido la tiranía... Su gran mérito es haber suplantado una política cerrada, en que los distintos sectores dilapidaban sus esfuerzos en destruirse recíprocamente, por una política abierta que proponía nuevas metas comunes en beneficio de todos, libertad, trabajo, comunicaciones, producción agropecuaria, comercio, bienestar general”<sup>8</sup>.

Una vez consolidada la independencia de nuestro país, el objetivo primario al que habría de atender la Constitución y la acción gubernamental era la prosperidad<sup>9</sup> y, para ello, era imperiosa la mejora cuantitativa y cualitativa de nuestra población. “Gobernar es poblar”; “el gran enemigo es el desierto”; “el territorio es la peste de América”, son algunas de las frases alberdianas que expresan, con elocuencia, su visión acerca de la necesidad y urgencia del crecimiento poblacional. Afirmaba que, “si no hay grandes poblaciones no hay desarrollo de cultura, no hay progreso considerable; las escuelas primarias, los liceos, las universidades son, por sí solos, pobrísimos medios de adelanto sin las grandes empresas de producción, hija de las grandes porciones de hombres”.

Alberdi tenía sabiduría política que, al decir de Ortega y Gasset, es tener una idea clara de lo que se debe hacer desde el Estado en una nación”<sup>10</sup>.

Buena parte de las políticas públicas propuestas en *Las Bases*, fueron incorporadas en el diseño y texto de la Constitución nacional y gradualmente se fueron convirtiendo en realidades tangibles de nuestro entorno político mediante la capacidad transformadora que tienen las normas constitucionales, que expresan la fuerza normalizadora de lo normativo.

## VI. CONCLUSIÓN

Estamos en presencia de un nuevo desafío y de un cierto replanteamiento que se le presenta al Derecho Constitucional de nuestros días: el Derecho Constitucional de las políticas públicas.

Será necesario desarrollar nuevos conceptos, metodología de análisis, casos de estudios. Generar conocimiento experto y sistemático en cada una de las políticas públicas que tienen encomendadas nuestros gobiernos.

---

<sup>8</sup> Mayer, Jorge, *Las Bases de Alberdi*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969, pp. 45, 46 y 47, respectivamente.

<sup>9</sup> “Hoy debemos constituirnos para tener población, para tener educación, para tener caminos de hierro, inmigración, libertad de comercio, industrias sin trabas”. *Idem*.

<sup>10</sup> Ortega y Gasset, José, *Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1987, t. III, p. 625.



## VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

HABERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003.

LAHERA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Santiago de Chile, FCE, 2008.

LIRA, Luis, *Revalorización de la planificación del desarrollo*, Santiago de Chile, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), 2006, Serie Gestión Pública, número 59.

MAY, Peter J., "Policy design and implementation," en PETERS, B. Guy, y PIERRE, Jon (editors.), *Handbook of Public Administration*, London, Sage, 2003.

MAYER, Jorge, *Las Bases de Alberdi*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969.

ORTEGAY GASSET, José, *Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1987, t. III.

HENRÍQUEZ SUBDERE, Osvaldo, *Guía metodológica para la formulación de políticas públicas regionales*, Santiago de Chile, Ministerio del Interior, 2009.

SUBIRATS, Joan, KNOEPFEL, Peter, LARRUE, Corinne, y VARONE, Frédéric, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona, Ariel, 2008.

## **NUEVA NORMATIVIDAD AL COMERCIO EXTERIOR EN MÉXICO. AHORA LE CORRESPONDE A LAS EXPORTACIONES Y SE LLAMA CONTROL DE EXPORTACIONES**

Rubén GONZÁLEZ CONTRERAS<sup>1</sup>

México se une al club de las 40 naciones, por recomendación del Consejo de Seguridad de la ONU (Resolución 1540), se incorpora a los países que prevén y apoyan la no proliferación de armas convencionales y de destrucción masiva, colocando a nuestro país a la vanguardia, colaborando como un pacifista, apegado a la no intervención y respetando la soberanía de todos los demás países, ya que siempre ha participado en iniciativas para conservar la paz mundial. Como ejemplo de lo anterior, tenemos el *Tratado de Tlatelolco*, iniciativa de nuestro país; y ahora, abona a la consolidación de los “*cuatro regímenes internacionales de control de exportaciones*”.

A continuación, se describen cada uno de los regímenes de trato los cuales son, a saber:

### 1. *Acuerdo de Wassenaar*<sup>2</sup>

Comprende las mercancías de uso dual, armas y municiones, software y tecnologías susceptibles de desvío para la fabricación y proliferación de armas convencionales y de destrucción masiva.

### 2. *Grupo de suministradores nucleares*<sup>3</sup>

Incluye todo lo relacionado con energía nuclear, maquinaria, accesorios, equipo y combustibles, desde uso militar hasta uso médico, pasando por la energía eléctrica y la de investigación o en fase experimental, es decir, abarca todo donde se utilice o intervenga la energía nuclear y su tecnología.

### 3. *Grupo de Australia*<sup>4</sup>

Son los productos químicos, bacterias, virus, armas químicas y biológicas; tecnología para su desarrollo y producción, así como la maquinaria, accesorios y materias primas para los mismos fines.

### 4. *Missile Technology Central Regime (MTCR)*

Todo lo relacionado con la tecnología sobre los misiles, su construcción, desarrollo, componentes, maquinaria y accesorios.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Comercio y Negocios Internacionales, y Vista Aduanal.

<sup>2</sup> Consultable en: <http://www.wassenaar.org/>.

<sup>3</sup> Consultable en: <http://www.nuclearsuppliersgroup.org/en/>.

<sup>4</sup> Consultable en: <http://www.australiagroup.net/es/>.

Por Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 16 de junio de 2011, a fin de consolidar el régimen de control de exportaciones, México adopta como referencia la normatividad establecida por los distintos instrumentos que regulan los Regímenes de Control de Exportaciones en el ámbito internacional, México consolida el relacionado con los "*Bienes de uso dual, software y tecnologías*," al establecer el requisito de *permiso previo de exportación, por parte de la secretaría de economía*, entre otros, a las de "*armas convencionales, sus partes y componentes, así como bienes de uso dual*."<sup>5</sup>

En ese orden de ideas, primeramente tenemos que abocarnos en conocer a qué se refiere la autoridad con los conceptos de *software y tecnologías susceptibles de desvío para la fabricación y proliferación de armas convencionales y de destrucción masiva y bienes de uso dual*.

En primer lugar, cabe señalar que son mercancías controladas en su exportación y que pueden relacionarse con los siguientes términos:

a) *Armas convencionales, sus partes y componentes*. Concepto que se entiende por sí solo, a excepción de los componentes, que para efectos del Acuerdo, incluye los accesorios y municiones de estas. En nuestro país esta regulación no es una novedad debido a que se encuentran reglamentadas por la Secretaría de la Defensa Nacional.

b) *Software y tecnologías*. Se trata de cualquier tecnología que se pueda utilizar para producir o fabricar, utilizar o dar mantenimiento, susceptible para la fabricación y proliferación de armas convencionales, y de armas de destrucción masiva.

c) *Bienes de uso dual*. Vocablo que en sí mismo es muy polémico y afecta a las mercancías que se pueden utilizar en nuestra vida diaria, tanto en el hogar y la industria, como son las computadoras, teléfonos celulares, fibras textiles, automóviles, maquinaria en general, *GPS*, aviones, *USB*, etc.

Ahora bien, toda vez que estamos rodeados de bienes de uso dual, tenemos que conocer exactamente a qué se refieren, quiénes elaboran las listas de estas mercancías reguladas y sujetas a permiso previo para su exportación, por parte de la Secretaría de Economía; quiénes son los responsables, sobre los cuales descansa la responsabilidad de elaborar tales listados y definir de qué mercancías se tratan para en el caso de que se exporten, siempre las tengamos muy presentes.

Estos regímenes están integrados cada uno por aproximadamente 40 países, la gran mayoría de los participantes se encuentran adheridos a los cuatro ya señalados, como Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Alemania, Reino Unido, Japón, Francia, Italia, Argentina y España.

Estos regímenes internacionales son los encargados de elaborar las listas de mercancías sujetas a control, y estas pueden ser bienes, materia prima, productos químicos, maquinaria, partes y accesorios, y también planos, el software y tecnología relacionada para su elaboración, mantenimiento y operación.

<sup>5</sup> [ N. del E.] En adición, *cfr. Diario Oficial de la Federación*, 13 de marzo de 2014.

Cada país participante las ingresa a su legislación para propósitos de su regulación y expedición de permisos o licencias. En nuestro caso, por medio de Acuerdos publicados en el Diario Oficial de la Federación.

Son tratados de conformidad con la leyes de comercio exterior, de acuerdo con la *fracción arancelaria* que le corresponde a cada una de las mercancías, acompañados de un “Únicamente” –incluido en el Acuerdo– donde se describen las especificaciones o características técnicas que debe cumplir la mercancía, y en caso afirmativo, con el solo hecho de colmar una de ellas, es cuando se determina que dicha mercancía está regulada y sujeta a permiso previo para su exportación, por parte de la Secretaría de Economía.

Por lo tanto, tenemos dos elementos de guía para conocer la respectiva regulación; uno es la correcta *fracción arancelaria*, y el otro elemento, es la descripción del “Únicamente,” y este puede aparecer en una o varias ocasiones en el Acuerdo publicado en el DOF, y en caso de esto último, tenemos que revisar cada uno de los “Únicamente” que pertenezcan a nuestra fracción arancelaria, ya que con cualquier característica técnica que se llegue a cumplir, quiere decir que nuestra mercancía está sujeta al permiso previo para su exportación.

Tomaremos un ejemplo de bienes de uso dual, el de *las computadoras portátiles laptop*, que aun cuando aparecen en las listas, recordemos que solo si estas cumplen con una o varias especificaciones o características técnicas del “Únicamente,” es cuando se encuentran reguladas, las cuales son muy peculiares. Por citar algunas de estas cualidades –para las computadoras portátiles– tienen que cumplir con lo siguiente:

- Proyectadas para funcionar a una temperatura ambiente inferior a 228° K (45° C) o superior a 358° K (85° C); o resistentes a las radiaciones a un nivel que supere cualquiera de las especificaciones siguientes:
  - a) Dosis total  $5 \times 10^3$  Gy (Si)
  - b) Modificación de la tasa de dosis  $5 \times 10^6$  Gy (Si)/seg
  - c) Modificación por fenómeno único  $1 \times 10^{-8}$  errores/bit/día
- Efectuar operaciones con doble punto flotante
- Capacidad de más de 8 teraflops <sup>6</sup>

Por lo que si no cumplen con algunas de estas especificaciones técnicas no están reguladas por el Acuerdo y no requieren permiso previo para su exportación.

Fácilmente podemos determinar que nuestra computadora portátil no se encuentra en el supuesto examinado, a pesar que la fracción arancelaria aparezca en el Acuerdo, ya que la regulación se determina por el apartado del “Únicamente.”

---

<sup>6</sup> Medida de velocidad de cálculo equivalente a un billón de operaciones por punto flotante por segundo.

En efecto, si la *fracción arancelaria de nuestra mercancía a exportar, aparece en el Acuerdo, tendremos que revisar el o los "Únicamente" que le corresponda a cada fracción arancelaria*, ya que es donde se establecen las características técnicas que debe cumplir la mercancía. Una vez determinado que nuestra mercancía coincide con alguna característica del *"Únicamente"*, es que se encuentra regulada, y por lo tanto, sujeta a permiso previo para su exportación por parte de la Secretaría de Economía; en caso contrario, si no corresponde a las especificaciones, entonces no está regulada.

Para clarificar, se tiene que tomar en cuenta la coincidencia con una o varias características técnicas de los listados, de ser así, automáticamente se encuentra regulada nuestra mercancía y sujeta a permiso previo para su exportación por parte de la Secretaría de Economía.

Una gran singularidad que contiene esta regulación de control de exportaciones es que reglamenta a la transferencia de tecnología por cualquier medio, y este puede ser físico, como una *USB*, disco duro, *CD*, *DVD*, escrito, etc., o mediante una llamada telefónica o la transmisión verbal del conocimiento de personas para su divulgación, ya sea que una persona salga del país o entre, por lo que no pasaría esta tecnología por ninguna aduana, por tratarse de un medio intangible o mercancía no material. Por ello se menciona que este conocimiento también se encuentra regulado y sujeto a permiso, razón por la cual lo llamamos permiso para intangibles.

Los requisitos para que se regule la tecnología es que no sea del dominio público; es decir, no se regula la tecnología que se pueda adquirir en cualquier tienda o por medio del Internet, por ejemplo el *Office*, *Adobe*, *Windows*, *Corel*, etc. Ya que estos existen en el mercado por miles y miles de programas, y recordemos que solo se regulan los que sirvan para fabricar, desarrollar, dar mantenimiento, operar, a los bienes o mercancías reguladas en las listas de control, descritas en el Acuerdo de control de exportaciones.

Además de las listas que aparecen en los cuatro regímenes de control de exportaciones, se deben observar las resoluciones y recomendaciones emitidas por el Consejo de Seguridad de la ONU.

Esta regulación es de observancia obligatoria para todas las exportaciones y sus operaciones, o sea, para todas las mercancías y bienes que salen del país, lo que es muy importante tener presente es, que se aplica a mercancías nuevas o usadas, no importa su antigüedad, por lo que nunca prescriben y tampoco importa el origen de las mercancías, si son hechas en México o no, ni su integración; recordemos que se regulan por el simple hecho de salir por México y de igual manera se norma el tránsito, transbordo, depósito fiscal, empresas maquiladoras o de servicios, operaciones definitivas, temporales, retornos, etc., es decir, todo lo que salga de nuestro territorio nacional.

La única excepción a esta regulación son las mercancías que se van a exportar de manera definitiva a los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá; esta salvedad no com-

prende a mercancías que, por motivos de transporte o logística, pasen por estos países, por lo es de tener muy presente que si una mercancía procedente de México, con destino final a los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, y se desaduana en estos países, no está regulada. Pero de lo contrario, si por razones del transporte o logística, zona franca, depósito fiscal, etc., se encuentra de paso por Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, para ser enviada a un tercer país, sí se regula por el régimen señalado y requiere permiso previo para su exportación.

Dentro del procedimiento para solicitar el permiso de exportación, primeramente se debe presentar la solicitud por escrito, en la Delegación de la Secretaría de Economía que le corresponda al exportador conforme su domicilio fiscal, la que debe estar acompañada por la *Manifestación de Uso y Usuario Final* (MUF). El tiempo de respuesta puede variar, pero en la mayoría de los casos es de 15 días. En la solicitud se encuentran los campos para los datos e identificación del exportador, descripción de las mercancías, cantidad, valor, fracción arancelaria, etc. En la MUF aparecen los campos para el uso y el usuario final, domicilio del destinatario final, entre otros. Es muy importante que se dé una descripción muy amplia de la mercancía con sus características técnicas o que se identifique con las publicaciones de la regulación, es decir, acordes a los “Únicamente” publicados, a través de un escrito libre o anexar catálogos o fichas técnicas. Se pueden adjuntar a la solicitud para que se integren y sean parte de ella. Tanto la solicitud como la MUF se pueden obtener por medio de la página de la Secretaría de Economía o en la página del SIICEX<sup>7</sup> y el trámite no tiene costo.

Una gran peculiaridad que existe en el trámite del permiso es que se debe manifestar el uso y el usuario final, y de este último su domicilio, ya que esto es parte fundamental del análisis de riesgo que la Secretaría de Economía elabora para la aprobación en cada solicitud.

Los permisos tienen una vigencia de un año, prorrogable por otro año más, y también durante su vigencia existe la posibilidad de modificarlos solo para anexar o cambiar a los destinatarios finales y/o cambios en los datos generales de la empresa, como representante legal o domicilio. La exportación se puede realizar en una o varias partidas, y también por diferentes aduanas.

Cada régimen internacional revisa sus listas de mercancías controladas anualmente y las publica para su actualización, lo que considere de conformidad con los avances tecnológicos o científicos, principalmente.

*Adicionalmente, cada país de manera unilateral puede regular a la exportación de cualquier otra mercancía que la considere sensible de acuerdo con la región geopolítica del destino o por el grado de tecnología y uso de cada mercancía y su probable uso dual, si así lo desean.*

---

<sup>7</sup> Sistema Integral de Información de Comercio Exterior.

En la aduana operan el descargo del permiso de control de exportaciones con el sistema SAAI<sup>8</sup>, el que efectúa el descargo o cumple de manera automática al ingresar el pedimento, ya que la Secretaría de Economía, al otorgar el permiso de exportación lo transmite automáticamente al Sistema de Aduanas, y el original del permiso lo entrega al representante legal y surte efectos hasta que este lo firma en el momento de recibirlo en la misma Delegación de la Secretaría de Economía donde presentó su solicitud; al firmar de recibido, también manifiesta el representante de la empresa que conoce y, en su caso, autoriza las visitas que se requieran para comprobar que lo manifestado en la solicitud, respecto al manejo y funcionamiento de las mercancías, es verdad.

Actualmente se encuentran reguladas y sujetas a permiso previo para su exportación por parte de la Secretaría de Economía alrededor de 800 fracciones arancelarias. Pero otras dependencias gubernamentales, como la Secretaría de la Defensa Nacional, también intervienen en la expedición de permisos para la exportación, como en el caso de las armas y el material bélico.

Debido a que México incorpora a su legislación el control de exportaciones, es un país que incrementa de manera acelerada la inversión extranjera, que lo ubica entre los primeros lugares a nivel mundial en la investigación, desarrollo y servicios, en los segmentos aeronáutico, aeroespacial, electrónica, comunicación, computación y automovilístico, entre otros.

---

<sup>8</sup> Es el sistema mediante el cual los importadores, exportadores, agentes aduanales, apoderados aduanales, prevalidadores, a través de una cuenta de usuario, tiene acceso a las aplicaciones para la consulta del estado que guardan las diferentes operaciones de comercio exterior que se realizan en el proceso de despacho aduanero.



## NEOLIBERALISMO FISCAL

Miguel Ángel GONZÁLEZ GONZÁLEZ<sup>1</sup>

La desigualdad ha existido desde hace mucho tiempo en las diferentes sociedades que el hombre ha creado; en la nuestra se manifiesta de tal manera que genera una acumulación desmedida de capital en muy pocas manos, presentándose una situación en la cual muy pocas personas tienen lo que muchos necesitan, por tal motivo daré mi punto de vista acerca de cuáles son los factores reales de poder que ejercen su influencia en las políticas fiscales y que, a su vez, van más allá trascendiendo no solo en las decisiones y las actuaciones referentes a la creación del hecho imponible sino también en las propias garantías que servirán para tutelar los derechos subjetivos de los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria.

Antes que nada es necesario precisar el fin que, por excelencia, debe perseguir el Derecho: la justicia; que en nuestro sistema jurídico se busca a través de la creación de un cuerpo normativo que tenga como base principios que, en el fondo de los mismos, se encuentren revestidos de los sentimientos de probidad, rectitud y objetividad, los cuales permitan por un lado la sana convivencia del hombre en sociedad y, por el otro, legitimar a las instituciones del Estado. Así pues, es fundamental que sean respetados los principios rectores sobre los cuales se erigirán las leyes y que en nuestro país se plasman dentro de la Carta Magna a través de ideales de cómo queremos que sea nuestra sociedad.

En ese sentido, los principios que sirven al legislador para diseñar la base, el objeto, la tasa y para definir quiénes serán los sujetos de las contribuciones se encuentran plasmados principalmente en el Artículo 31, fracción IV, de nuestra Constitución Federal, de manera que los mismos dan un panorama al legislador tributario de cómo deben ser las leyes fiscales, las que formarán parte del sistema jurídico nacional; en este tenor, los ideales que rigen a las leyes en materia fiscal son los principios de legalidad, equidad, destino al gasto público y proporcionalidad.

Ahora bien, los postulados antes mencionados deben ser tutelados para alcanzar el modelo de país que queremos, más aún, cuando hablamos de principios constitucionales en materia fiscal se deben tener en cuenta que nos referimos a los derechos humanos de los pagadores de impuestos dentro de una relación de supra a subordinación en la cual, el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria resiente la carga fiscal que le es impuesta de manera unilateral por el Estado, motivo por el que deben ser protegidos. Al respecto, Luigi Ferrajoli menciona que uno de los criterios para identificar a los derechos humanos es el

---

<sup>1</sup> Licenciado en Contaduría y en Derecho. Maestrante en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

que predica que estos procuran la protección del más débil hacia el más fuerte<sup>2</sup>, por ende, los derechos de los pagadores de impuestos deben ser estimados como derechos fundamentales, pues necesitan ser salvaguardados frente a la imposición del Estado<sup>3</sup>.

En este tenor, una de las garantías que tienen los gobernados para la tutela de sus derechos es el mínimo vital. Este es abordado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver una serie de amparos que se promovieron en contra de algunas disposiciones fiscales, encuentra su fundamento en los Artículos 1º, 3º, 4º, 6º, 13, 25, 27, 31, fracción IV y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; básicamente se puede concebir como una garantía al principio de proporcionalidad consagrado en dichos preceptos, que servirá para proteger el derecho subjetivo del más débil, el cual el legislador deberá analizar de acuerdo a la capacidad económica de los contribuyentes, a fin de determinar si serán sujetos a determinadas cargas fiscales, pues procura las prerrogativas a la vida, a la integridad física, a la igualdad, salud, trabajo, seguridad social, entre otros, garantizando el derecho que tienen las personas a vivir de manera digna y previendo que posean los recursos económicos para cubrir sus necesidades y las de sus familias<sup>4</sup>.

Aun así, la delimitación de este concepto ha resultado insuficiente en cuanto a sus límites y alcances, al ser conceptualizado por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien pudo haber dotado de una protección mayor a los causantes, pues de un breve análisis de los argumentos que plantea, por ejemplo, omitió otorgar un peso importante a las deducciones personales de las personas físicas como mecanismo que salvaguarde el respeto a la proporcionalidad tributaria, pues las mismas tienen un límite que no permite que los contribuyentes se puedan beneficiar de los gastos que hubieran erogado por su concepto, esto es así ya que no excederán de lo que resulte menor entre cinco salarios mínimos elevados al año o el 15% del total de los ingresos del contribuyente<sup>5</sup>, lo cual no resulta congruente con lo que establece el principio de proporcionalidad de las contribuciones, ya que existen otros regímenes fiscales que no tienen un tope en cuanto a sus deducciones, viéndose de esta manera una separación entre la justicia y la ley, pues resulta injusto que las personas que más tienen, son los que paguen menos.

Por otra parte, si nos referimos a temas relacionados con la desigualdad en cuanto al pago de impuestos, deberíamos voltear a ver a la corriente del pensamiento económico conocida como neoliberalismo, la cual ha influido notablemente en las políticas fiscales

---

<sup>2</sup> Ferrajolli, Luigi, citado por Ladrón de Guevara, Diana, "El reconocimiento y tutela de los derechos humanos de los contribuyentes", en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 30-31.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Tesis I.9o.A.1 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, marzo de 2016, p. 1738.

<sup>5</sup> Ley del Impuesto sobre la Renta, Estados Unidos Mexicanos, Título Cuarto, Capítulo XI, Artículo 151, fracción VIII, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR\\_181115.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_181115.pdf), consultada el 30 de octubre de 2016.

de los países, como refiere el ganador del premio nobel de economía Joseph Stiglitz, al señalar que las empresas amenazan a los países para que les reduzcan los impuestos bajo el argumento de que retirarán la inversión del país en caso de no hacerlo<sup>6</sup>.

De esta manera me surge la duda acerca de si las leyes fiscales son los únicos cuerpos normativos a través de los cuales ejerce su influencia la corriente neoliberal, pues tal pareciera que esta ha permeado también a otros poderes distintos del legislativo, ya que la jurisprudencia, que en nuestro país tenemos como última instancia para interpretar la ley y definir sus alcances, no ha sido benéfica para los contribuyentes quienes veían en el mínimo vital una vía para hacer valer sus derechos, al esperar que el mismo fuera abordado de tal manera que la justicia social fuera su espíritu rector, tutelando el principio de proporcionalidad como conducto para la imposición de una justa carga fiscal.

Por lo tanto, es necesario contar con elementos normativos eficaces que permitan acceder a una verdadera justicia en el sentido más recóndito y creativo de lo que es definir a la capacidad tributaria de los contribuyentes, y que permitan el respeto a los ideales sobre los cuales sientan sus bases las contribuciones.

---

<sup>6</sup> Stiglitz, Joseph, *El precio de la desigualdad*, [http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/EPreciodelaDesigualdad\\_27245.pdf](http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/EPreciodelaDesigualdad_27245.pdf), consultada el 29 de agosto de 2016, p. 137.



## **PERITAJES CONTABLES<sup>1</sup>**

Corporativo de Consultores

MONTES DE OCA Y PEÑA Asociados S.C.<sup>2</sup>

Los peritajes contables son un medio de prueba significativos e importantes desarrollados en el campo de la actuación del profesional de la contaduría pública, compenetrándose en los conflictos de orden técnico que surgen en el desarrollo de los procesos, con el fin de que la autoridad competente valore su estudio técnico al dictar la resolución respectiva, tratándose siempre de un auxilio o asesoramiento sobre conocimientos especializados, concretamente en actos u operaciones mercantiles, comerciales, industriales y/o financieras relacionados con los hechos controvertidos.

El Código Federal de Procedimientos Civiles señala que, perito es aquel que debe tener título en la ciencia o arte a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la profesión o el arte estuviere legalmente reglamentado; por consiguiente el perito emite su opinión a través de un informe llamado dictamen que sin calificar sobre la autenticidad, licitud o validez de los documentos u objetos sobre los cuales sustenta su estudio técnico y/o científico, da a saber a la autoridad competente sus conclusiones sobre un planteamiento determinado.

Bajo ese orden de ideas, el perito contable es aquel contador público actualizado, con amplia experiencia y amplios conocimientos de auditoría que mediante la realización de estudios, análisis, técnicas, pruebas o procedimientos utilizados en su especialidad, así como la utilización de las herramientas o equipos de los que dispone, determina la aplicación o afectación contable procedente, emitiendo su opinión en calidad de experto en contabilidad.

El Derecho Contable señala que tanto el Derecho como la Contabilidad son producto y consecuencia de la civilización humana, de su entorno social y económico condicionándolos a su administración de criterios en un mismo sentido, esto es, siempre el Derecho se ha valido del informe contable como un medio de prueba, ya que el Derecho considera a la Contabilidad como una disciplina auxiliar tomando en cuenta los fenómenos financieros registrados en ella.

---

<sup>1</sup> © DERECHOS RESERVADOS, Certificado 03-2005-052310110700-01, junio del 2005. Queda estrictamente prohibida su reproducción total o parcial, sin previa autorización por escrito de los autores.

<sup>2</sup> Despacho Fiscal, Jurídico, Consultoría, Peritajes y otros.

Por otra parte, la vinculación del Derecho y la Contabilidad puede surgir circunstancial o institucionalmente; el primer término se refiere a que el derecho requiere del informe contable de acuerdo a ciertas circunstancias dando lugar a la “probanza”, es decir, reconocer la contabilidad como medio de prueba; y el segundo término se refiere a la normatividad que regula la técnica contable dando lugar a la “llevaranza”, es decir, la obligación de cumplir con ciertos requisitos para llevar la contabilidad en forma expresa.

Para el buen desarrollo de la profesión contable, el Instituto Mexicano de Contadores Públicos A.C., que es el órgano encargado de emitir y regular la normatividad que debe seguir todo aquel contador público para facilitar el trabajo de análisis y consulta de las distintas partes involucradas e interesadas en la formulación e interpretación de la información financiera, tales como los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, Normas y Procedimientos de Auditoría y Normas para Atestiguar; que sirve de fundamento para la elaboración de la tarea pericial en materia contable sobre la cual versa el dictamen técnico sustentable del contador público.

De manera práctica el dictamen pericial contable se puede estructurar de la siguiente manera:

1) Carátula: presentación del dictamen, las partes, materia y autoridad ante la que se rinde el dictamen pericial;

2) Proemio: contestación al oficio de perito (en caso de ser designado como perito tercero en discordia), hacer mención de la parte que le designó el cargo (actor o demandado) y la materia sobre la que trata el dictamen pericial, aceptación y protesta del cargo;

3) Objetivos: sustentos de la prueba pericial (cuestionario ofrecido por las partes sobre el cual debe desahogarse el dictamen pericial);

4) Alcance: estudio y análisis de los documentos base de la acción, de aquellos en los cuales debe sustentarse el dictamen del perito siendo los que forman parte del expediente en cuestión, así como los documentos originales que se encuentran en el resguardo del seguro del juzgado conecedor de la causa y demás documentos e información que pueden ser obtenidos, producto de una investigación de campo, visita ocular y entrevistas. Sin calificar sobre la autenticidad, validez o licitud de la documentación e información recabada que sirva de base al contador público para rendir su dictamen pericial;

5) Consideraciones: son las bases, elementos y fundamentos, así como las técnicas y métodos utilizados, en que se apoya el perito para dar contestación al cuestionario sobre el cual estriba la prueba pericial; y por último,

6) Conclusiones: es el resultado de la investigación dando contestación pormenorizada a las preguntas o base de la prueba pericial, debiendo ser imparcial, sustentable y

objetivo, independientemente de la parte en litigio que lo designa para rendir su dictamen pericial.

Así las cosas, la prueba pericial en materia contable, al tratarse de un prueba colegiada, nos remite a que el perito contador público debe estar en constante actualización y capacitación, para poder atender todos aquellos asuntos en los cuales ha sido designado y que, al aceptar bajo protesta el cargo conferido, deba rendir su dictamen pericial tomando en cuenta los siguientes puntos:

- a) Intervenir con oportunidad;
- b) Determinar los objetivos y alcance de su intervención;
- c) Allegarse de los elementos sustentables;
- d) Desarrollar la metodología correcta; y
- e) Aplicar el procedimiento técnico correcto.

La prueba pericial contable comúnmente se rinde en materias como:

1) Penal, para determinar sobre hechos delictivos presuntamente sospechosos resultado de un “maquillaje a estados financieros”;

2) Especial Hipotecario, para determinar la tasa líder de entre aquellas que se propongan para elaborar la corrida financiera proyectada hacia el periodo de vigencia de dicho crédito;

3) Laboral, estudio del control interno de la empresa a través de la aplicación de técnicas de auditoría para rendir dictamen sobre el estadio del trabajador;

4) Civil, determinación del monto de intereses ordinarios y moratorios producto del incumplimiento de contrato;

5) Familiar, determinación del monto de pensión alimenticia a que tiene derecho el denunciante;

6) Mercantil, determinación de los montos de los actos u operaciones de comercio y sus accesorios.

Cabe señalar que el abogado litigante que ofrezca esta prueba pericial debe de encontrarse debidamente asesorado por el profesional contador público, ya que el Derecho Contable reconoce que la contabilidad hace prueba en contra de quien la lleva, y a su vez afirma que esta puede eventualmente probar a favor de quien ofrece, toda vez que se encuentra integrada por el cúmulo de documentos, ya sean privados (papeles de trabajo) o públicos (constancias e informes de índole fiscal).





**TFJA**  
TRIBUNAL FEDERAL  
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA