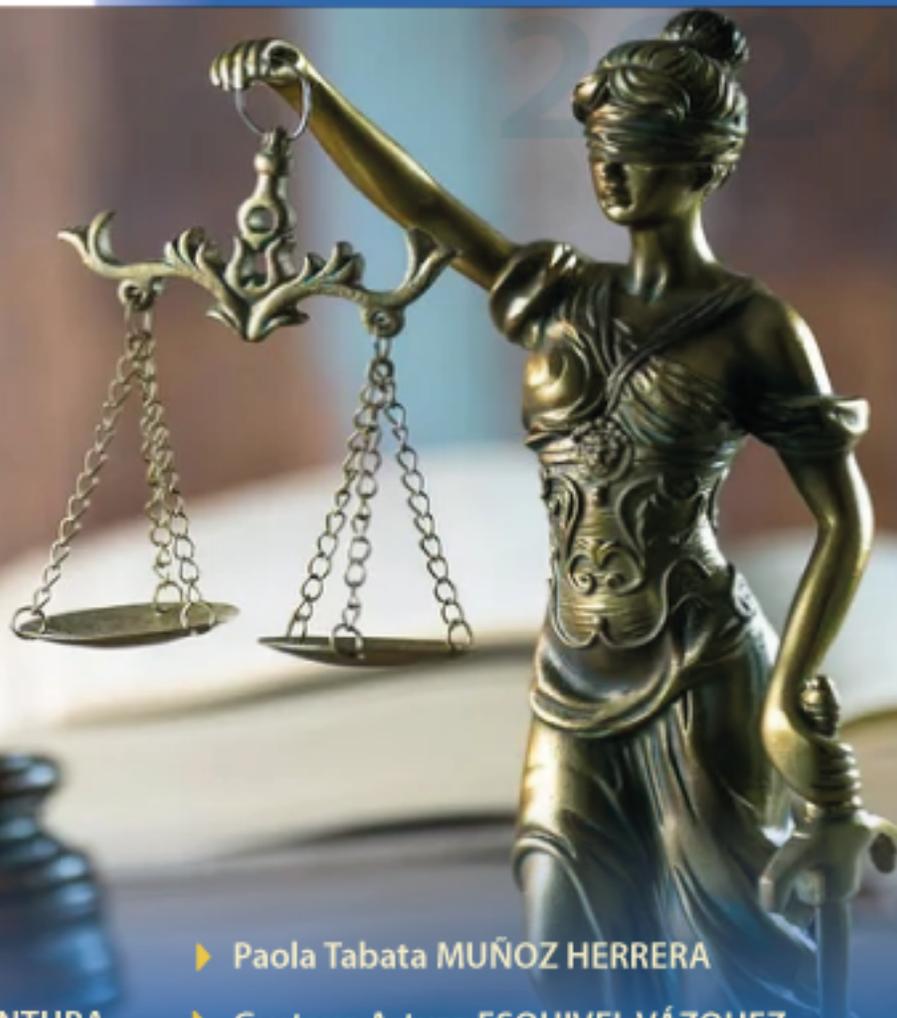


REVISTA de
Investigación Jurídica

Praxis

de la Justicia Fiscal y Administrativa

Revista Núm 36 • julio - diciembre de 2024



- ▶ Jesús ZÚÑIGA GONZÁLEZ
- ▶ Montserrat ALVARADO VENTURA
- ▶ Daniel CASTRO HERNÁNDEZ
- ▶ Hugo Armando TENORIO HINOJOSA
- ▶ Carlos Enrique HUITRÓN GARCÍA
- ▶ Paola Tabata MUÑOZ HERRERA
- ▶ Gustavo Arturo ESQUIVEL VÁZQUEZ
- ▶ Alfonso VALVERDE ROSALES
- ▶ Blanca Estela MONTES DE OCA ROMERO
- ▶ José Carlos ESPÍRITU CABAÑAS



TEJA
TRIBUNAL FEDERAL
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

TEJA
88 Años
Trabajando por México



Centro de Estudios
Superiores en materia
de Derecho Fiscal y
Administrativo

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



TFJA

TRIBUNAL FEDERAL
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Directorio

Mag. Guillermo Valls Esponda

Presidente del
Tribunal Federal de Justicia Administrativa

JUNTA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

Mag. Guillermo Valls Esponda

Mag. Hortensia García Salgado

Mag. Jorge Octavio Gutiérrez Vargas

Comité Editorial Externo

Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa

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

Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo

Dr. Guillermo E. González Medina

Director General

Mtro. Mauricio Estrada Avilés

Director de Difusión

LDG Dulce María Castro Robelo

Subdirectora de Diseño

Lic. Angélica Montserrat Alvarado Ventura

Apoyo de Servicios Administrativos

Lic. Stephany Janet Martínez Carrillo

Técnica Administrativa

Porcentaje de trabajos rechazados

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

2024

Publicación editada por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa con domicilio en Av. México 710, Col. San Jerónimo Lídice, Alcaldía Magdalena Contreras C. P. 03810, Ciudad de México, www.tfja.gob.mx.

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

ISSN: 2007-3755

Contenido

Derecho Administrativo

Análisis estructural del Sistema Nacional Anticorrupción, su relación con el Sistema de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación y el Estado abierto 7
Jesús Zúñiga González

Servidores públicos y su derecho a escalafonar 18
Montserrat Alvarado Ventura

Derecho Fiscal

Derecho al error fiscal 51
Daniel Castro Hernández

Justicia Administrativa

Sentencia de nulidad como instrumento violatorio de los derechos de trabajadores 64
Hugo Armando Tenorio Hinojosa

Derechos Humanos

Laicidad, derecho a la no discriminación y libre desarrollo de la personalidad 79
Carlos Enrique Huitrón García

Teoría del Derecho

La tutela; su nombramiento, análisis y comparativa con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares..... 98
Paola Tabata Muñoz Herrera

Artículo de Opinión

Bicentenario de la Constitución de 1824..... 128

Gustavo Arturo Esquivel Vázquez

Vulneración a los derechos humanos de seguridad jurídica
en los procedimientos administrativos derivados de la fis-
calización de la Cuenta Pública 2016..... 133

Alfonso Valverde Rosales

Defensa fiscal del contribuyentes 138

Blanca Estela Montes de Oca Romero

Reseña de libro

Derecho Administrativo Sancionador 169

José Carlos Espíritu Cabañas

**ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN,
SU RELACIÓN CON EL SISTEMA DE FISCALIZACIÓN Y RENDICIÓN DE
CUENTAS DE LA FEDERACIÓN Y EL ESTADO ABIERTO**

Jesús ZÚÑIGA GONZÁLEZ¹

SUMARIO

*I. Introducción. II. Diagnóstico. III. Análisis y reflexión. IV. Propuestas. V. Conclusión.
VI. Fuentes de información.*

RESUMEN

El Sistema Nacional Anticorrupción, tiene como objetivo establecer los principios y las bases, para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno para que coadyuven en la prevención, dirección, sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, además de la fiscalización y control de recursos públicos, por lo que, para obtener mejores resultados, es necesario que se adopten los principios del Estado Abierto, con la finalidad que se dé transparencia y máxima publicidad a todos los actos públicos, para maximizar el combate a la lucha contra la corrupción.

PALABRAS CLAVE

Sistema. Anticorrupción. Estado. Recursos públicos. Prevención.

ABSTRACT

The Sistema Nacional Anticorruption aims to establish the principles and bases for coordination between the authorities of all levels of government so that they contribute to the prevention, direction, and punishment of administrative offenses and acts of corruption, in addition to the inspection and control of public resources, therefore, to obtain better results, it is necessary to adopt the principles of the Open State, with the aim of giving transparency and maximum publicity to all public events, to maximize the fight against corruption.

KEY WORDS

System. Anticorruption. State. Public resources. Prevention.

I. INTRODUCCIÓN

El abordar este tema tan importante para la vida jurídica y democrática de nuestro país; implica, que hagamos una reflexión analítica, respecto de la integración y funcionamiento del Sistema Anticorrupción, creado en el marco de la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción y publicado el 27 de mayo de 2015 y su vinculación con el Sistema de Fiscalización y Rendición de Cuentas regulado por la Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 18 de julio de 2016.

¹ Director del Instituto de Especialización en Justicia Administrativa del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Tlaxcala. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Docente, Investigador, Asesor, Consultor en Materia de Medios Alternos de Solución de Controversias y Certificador por el Sistema CONOCER.

Para efecto de lo anterior, se menciona el antecedente que da pauta a los puntos rectores, con el objeto de desarrollar el análisis en sus aspectos estructurales y funcionales, el cual dará como resultado, que se deriven las áreas de oportunidad en las que el Sistema Anticorrupción se puede mejorar y si el Sistema de Fiscalización, es congruente con la exigencia de la ciudadanía en transparentar todos los procesos gubernamentales y su relación con el actuar institucional a través de la rendición de cuentas, desde la perspectiva de la planeación, aplicación, vigilancia y resultados derivados del ejercicio de acciones y aplicación de presupuesto público. Generando con lo anterior, nuevos paradigmas que permitan plantear alternativas de solución para el mejoramiento de los sistemas abordados en la función pública.

Antecedente

El Sistema Nacional Anticorrupción, tiene por objeto: establecer principios, bases generales, políticas públicas y procedimientos para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, dirección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como la fiscalización y control de recursos públicos².

Para el cumplimiento de lo señalado con anterioridad, tomando en consideración lo establecido en el Artículo 7o. de la Ley General del SNA y en relación con el Artículo 113 de la Constitución, el Sistema Nacional Anticorrupción se integra técnicamente de la siguiente forma:

a) Comité Coordinador

El cual, a su vez se compone por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, Secretaría de la Función Pública, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Consejo de la Judicatura, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, así como el Comité de Participación Ciudadana del SNA;

b) Comité de Participación Ciudadana

En el cual se deben de incorporar cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, rendición de cuentas o el combate a la corrupción;

c) Comité Nacional de Fiscalización

En el caso del Sistema Nacional de Fiscalización, se crea con la publicación de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación en fecha 18 de julio de 2016, en la que establece que tiene como objetivos principales con base en su Artículo primero, los siguientes:

² Muñoz Mejía, Miriam Lisbeth, *Anatomía del Sistema Nacional Anticorrupción y los Sistemas Locales*, México, Centro Universitario de Estudios Jurídicos, 2021, p. 3.

- i. La Cuenta Pública;
- ii. Las situaciones irregulares que se denuncien en términos de la misma ley, respecto al ejercicio fiscal en curso o a ejercicios anteriores distintos al de la Cuenta Pública en revisión;
- iii. La aplicación de las fórmulas de distribución ministración y ejercicio de las participaciones federales;
- iv. El destino y ejercicio de los recursos provenientes de financiamientos contratados por los Estados y municipios, que cuenten con la garantía de la Federación.

Dentro de sus facultades para cumplir con lo anterior, la Auditoría Superior de la Federación podrá fiscalizar las operaciones que involucren recursos públicos federales o participaciones federales mediante contrataciones, subsidios, transferencias, donativos, fideicomisos, fondos, mandatos, asociaciones público-privadas o cualquier otra figura jurídica y el otorgamiento de garantías sobre empréstitos de Estados y municipios, entre otras operaciones.

Adicionalmente, establece la organización de la Auditoría Superior de la Federación, sus atribuciones, incluyendo aquellas para conocer, investigar y substanciar la comisión de faltas administrativas que detecte en sus funciones de fiscalización, en términos de la ley mencionada y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, así como su evaluación, control y vigilancia por parte de la Cámara de Diputados.

d) Los Sistemas Locales

Los cuales implican una réplica del Sistema Nacional adaptado a cada entidad.

II. DIAGNÓSTICO

Conforme a los datos obtenidos de la Auditoría Superior de Fiscalización del año 2022, se derivan de la Encuesta sobre los Retos de la Fiscalización a Nivel Nacional, aplicada a las 32 EFSL y los 32 OEC, miembros del SNF en febrero de 2023, los siguientes datos:

Capacidad para la planeación y ejecución de auditorías 81%. Reputación y presencia institucional (a nivel nacional y estatal) 80%. Igualdad de género y no discriminación 78%. Estructura organizacional 75%. Marco jurídico 75%. Vinculación interinstitucional (con otros órganos fiscalizadores o de auditoría gubernamental, entidades auditadas, medios de comunicación, academia, organismos no gubernamentales, poderes de gobierno, organizaciones internacionales) 73%. Ubicación y presencia geográfica 53%. Capacidad de gestión y provisión de servicios administrativos 52%. Capacidad para la comunicación externa (divulgación institucional de los hallazgos de auditoría y gestión de la institución) 50%. Infraestructura, instalaciones, activos y equipo tecnológico 48%.

Capacitación de personal y formación de expertos y cuadros técnicos especializados 45%. Reducida rotación de personal 41%. Capacidad de innovación técnica

ca e institucional 39%. Clima organizacional (sueldos, prestaciones, estabilidad laboral, identidad o cultura institucional, desarrollo profesional, reconocimiento) 39%. Acervo de información y sistemas para la gestión de conocimientos 36%. Personal suficiente y con competencias adecuadas a su puesto 34%. Recursos financieros (suficiencia presupuestal) 30%. Provisión de servicios de consultoría a las partes interesadas externas 25%. Certificación a la calidad de procesos de auditoría y/o administrativos 23%.

Personal suficiente y con competencias adecuadas a su puesto 59%. Certificación a la calidad de procesos de auditoría y/o administrativos 56%. Infraestructura, instalaciones, activos y equipo tecnológico 52%. Recursos financieros (suficiencia presupuestal) 52%. Capacidad de innovación técnica e institucional 47%. Capacitación de personal y formación de expertos y cuadros técnicos especializados 44%. Capacidad para la comunicación externa (divulgación institucional de los hallazgos de auditoría y gestión de la institución) 39%. Marco jurídico 34%. Reducida rotación de personal 34%. Estructura organizacional 33%. Provisión de servicios de consultoría a las partes interesadas externas. Vinculación interinstitucional (con otros órganos fiscalizadores o de auditoría gubernamental, entidades auditadas, medios de comunicación, academia, organismos no gubernamentales, poderes de gobierno, organizaciones internacionales) 30%. Acervo de información y sistemas para la gestión de conocimientos. 30%. Capacidad de gestión y provisión de servicios administrativos 27% Capacidad para la planeación y ejecución de auditorías 25%. Reputación y presencia institucional (a nivel nacional y estatal) 19%. Clima organizacional (sueldos, prestaciones, estabilidad laboral, identidad o cultura institucional, desarrollo profesional, reconocimiento) 17%. Igualdad de género y no discriminación 13%³.

III. ANÁLISIS Y REFLEXIÓN

De lo anterior, podemos observar que el Sistema Nacional Anticorrupción debe de trabajar de manera coordinada con diversas instituciones y órganos encargados de fijar los lineamientos operativos y de fiscalización para la aplicación de la política anticorrupción, sin embargo, se desprende del informe de fiscalización 2022, que los resultados obtenidos no son hasta el momento, los más favorecedores, debido a varios aspectos que van desde el perfil del personal hasta la falta de recursos económicos, materiales, tecnológicos y humanos.

Es importante señalar, que el Sistema Nacional de Fiscalización es un instrumento que nos permite como gobierno y sociedad, revisar la planeación de las actividades gubernamentales, la detección de las necesidades, la aplicación de acciones y recursos para dar

³ *Informe del Sistema Nacional de Fiscalización 2022*, Secretaría de la Función Pública, 17 de abril 2018, <https://www.gob.mx/sfp/documentos/informe-del-sistema-nacional-de-fiscalizacion>.

atención a la ciudadanía, controlar el avance y desarrollo, así como identificar los resultados. En este sentido, el Sistema Nacional de Fiscalización, es una herramienta operativa que le debe de dar transparencia al actuar gubernamental, certeza a todos sus procesos y generar confianza en la gestión, fortaleciendo el Estado de derecho, la vida democrática y la participación de la ciudadanía en el combate a la corrupción.

Lo anterior, será posible siempre y cuando exista una real y verdadera coordinación de los organismos públicos que intervienen en el Sistema Nacional Anticorrupción, trabajo en conjunto entre los poderes de la unión, aplicación de procesos educativos y reeducativos en materia anticorrupción, que promueva la moral social y la ética individual basada en principios y valores; respetar, aplicar y garantizar la transparencia y acceso a la información pública; modernizar la captura y disposición de datos a la ciudadanía, a través de la implementación de tecnología.

En esta vertiente, el Sistema Nacional Anticorrupción para que alcance sus objetivos y brinde mejores resultados, se requiere que aplique en estricto sentido el Sistema Nacional de Fiscalización, en el que armonice los lineamientos e instrumentos en todos los aspectos públicos, que las instancias encargadas de verificar su cumplimiento, apliquen el Estado de derecho y deslinden responsabilidades de los servidores públicos y que garantice la transparencia aplicando la máxima publicidad en todos los procesos gubernamentales.

Además de considerar, que la aplicación de la figura del Estado Abierto en México, no solo debe de ser un aspecto aspiracional o ideal, sino que debe de ser uno de los ejes motrices en toda la política gubernamental y administrativa, ya que se debe de promover y fortalecer la apertura del gobierno en sus tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, implicando con ello, una mayor transparencia y acceso a la información pública en el que se involucre la participación de la ciudadanía en el actuar de los órganos públicos desde sus actos de planeación y proyección, relacionando las verdaderas necesidades de la población, pasando por una adecuada gestión de recursos, hasta la medición constante de los avances y la obtención de los resultados.

En este sentido, la ciudadanía al encontrarse informada, deriva una mejor y mayor participación activa en la que su colaboración en la vida pública se convierta en la esencia de la real vida democrática del país y esta no solo se aplique en los procesos de elección constitucional de los representantes populares, sino que el principio democrático que se encuentra establecido en la Carta Magna, retome fuerza y aplicación en todo tiempo y lugar, propiciando que haya una objetiva actuación de los entes gubernamentales con objetivos, lineamientos, procedimientos, mediciones y verificación de resultados de manera constante y permanente, lo que implica, que el actuar gubernamental debe de ir de la

mano con el perfil de los representantes populares, para que se garantice la planeación y resultados en beneficio de la población.

El Gobierno Abierto como estrategia del combate a la corrupción, debe de ser la forma en la que el Ejecutivo se encuentre apoyado y organizado con el desarrollo constante del país, con los objetivos de cada región y con el compromiso de cada entidad federativa en la distribución de los recursos públicos, en la atención de los planes y programas que fomenten el desarrollo individual, colectivo y social de la población, es decir, que el actuar del ejecutivo debe de estar apegado a la legalidad, al presupuesto y sobre todo a las necesidades y proyecciones de la ciudadanía que favorezca el mantenimiento y desarrollo integral.

Asimismo, el Poder Ejecutivo debe de contar con un perfil en el que las cualidades de administrador, estadista y ejecutor, sea con el enfoque de derechos humanos, que garantice el respeto y aplicación de la dignidad humana, a través del crecimiento y desarrollo constante de todos los habitantes del país, sin distinción de sexo, raza, color de piel, religión, genero, formación ideológica o política, como parte del principio democrático de participación y gobernabilidad para todos.

En otro aspecto, el Poder Legislativo también requiere de nuevos instrumentos para realizar correctamente su labor, consolidando su eficacia y eficiencia en la actividad legislativa, ya que esta debe de ser orientada por conocedores de las problemáticas, por legisladores que tengan una preparación integral en los planteamientos internacionales, nacionales y regionales, lo que nos lleva a considerar que el perfil actual de los legisladores al ser en su mayoría improvisaciones sociales, son una forma de corrupción social que se hace institucional, al no contar en su gran mayoría con los elementos de preparación adecuados, además de la falta de medición de efectividad legislativa por representante y en su conjunto, lo que hace oscuro su actuar y solo ha servido para legitimar actuaciones del Poder Ejecutivo o para cuestiones de negociación política particulares o de grupos, pero no para encaminar al país a un verdadero crecimiento integral en todos sus ámbitos con el enfoque social y de respeto a la aplicabilidad de los ciudadanos; por lo que al emitir leyes o reformas que no tienen garantizado su aplicación y respeto, se fomenta la opacidad, la discriminación y sobre todo la corrupción legislativa.

Por cuanto ve al Poder Judicial, este también requiere de una visión legitimadora ante la sociedad, en el que el actuar de sus integrantes sea con un sentido humanista, en la que se contemple y se garantice la dignidad humana en sus resoluciones y en la que con base a la capacitación, profesionalización y especialización de sus integrantes, permita mejorar la impartición y administración de justicia, en la que los procedimientos sean claros, expeditos, transparentes y coadyuvantes con las partes, en la que se logre un real bienestar integral de los justiciables y de la ciudadanía en general.

Es importante señalar que el Poder Judicial requiere de una adaptación de sus procedimientos en el desarrollo de sus sentencias en cuanto a la visión de todos los juzgadores y juzgadoras en pro de la protección de la dignidad humana, alejándose de la clásica interpretación y argumentación legalista, así como se requiere de una mayor transparencia en sus procesos de selección, en el que se privilegie el conocimiento y la vocación para juzgar, fuera de nepotismos o intereses políticos o de grupos, en el que se respete la trayectoria y carrera judicial, pero también se reconozca la formación especializada de ciudadanos que cuentan con la convicción y espíritu de servicio para contribuir en la administración e impartición de justicia, lo cual fortalezca la legitimación de la integración y actuar de este organismo público.

Para efecto de lo anterior, es indispensable replantear su esquema de funcionamiento administrativo en el que opera, ya que en la práctica se pueden apreciar a nivel federal y en los diversos Estados de la república, que la toma de decisiones de los Consejos de la Judicatura Federal o Local, es donde más abundan actos de corrupción, ya que estos controlan aspectos económicos y administrativos, pero que en más de las ocasiones, sus decisiones están orientados a cuestiones políticas-administrativas, que no fortalecen el actuar de estas Instituciones, ya que denigran a su propio personal al no reconocer el esfuerzo, preparación, especialización y resultados de sus integrantes, amedrentando su actuar y dejando de lado los objetivos principales de este poder de la Unión y de los Estados de la Federación, trabajando de manera subordinada a los otros dos poderes y de manera particular al ejecutivo, transgrediendo su autonomía e independencia judicial.

Es preciso mencionar, que en una sociedad democrática con libre determinación, participación constante y en donde se promueve el desarrollo integral de todos sus integrantes, las decisiones de sus representantes y servidores públicos que están incorporados a los poderes que desarrollan los trabajos de la administración pública, todo tipo de acción o programa, debe de ser proyectada, medible, fiscalizable, verificable y con resultados que genere crecimiento y desarrollo a la población, en cumplimiento a su funciones formales y materiales, legitimadas por la población previo a su aplicación, para evitar corrupción y afectación a la ciudadanía; pero cuando se observa que las determinaciones administrativas se encuentran fuera de la realidad institucional y de sus objetivos esenciales, distorsionando su labor social, es cuando debemos de revisar y replantear el esquema de funcionamiento para garantizar a la ciudadanía su mejor versión y resultado.

Aunado a lo anterior, el Proceso de Fiscalización para combatir la corrupción, no debe de ser solo un esquema de vigilancia de las instituciones a través de sus revisiones presupuestales, sino que estas deben de encontrar su vinculación con sus planes opera-

tivos anuales y el actuar de sus servidores públicos, para que se tenga la relación, entre lo proyectado por el órgano público, lo operado y aplicado por la misma y la manera en cómo se condujo el elemento operativo en la prestación del servicio, desprendiéndose la efectividad, eficacia, legitimidad y cercanía con la ciudadanía en la solución de las problemáticas planteadas, evitando aspectos que alteren el normal funcionamiento y que promuevan la corrupción institucional pública.

El concepto de Estado Abierto como herramienta para promover, respetar, proteger y garantizar el derecho humano a una vida democrática en libertad, igualdad y legalidad, se debe de apoyar en dos pilares fundamentales, por una parte en el Derecho Humano a la Transparencia, en el que todas las acciones gubernamentales, deben de ser difundidas y socializadas desde su creación, organización, desarrollo y evaluación, con el objeto de que la ciudadanía pueda participar en las propuestas y toma de decisiones que mejore la visión y aplicación de las mismas políticas públicas, además de que se promueva su colaboración siendo participe directa o indirectamente en la realización de las acciones públicas a aplicar para la atención de las necesidades sociales. En segundo lugar, encontramos como pilar fundamental el Derecho Humano al Acceso a la Información Pública, con el cual los operadores y la ciudadanía deben de contar en todo momento para conocer, evaluar y tomar decisiones, además de contribuir en el mantenimiento y mejoramiento de los aspectos planteados.

En este contexto, el Estado Abierto debe de garantizar un pleno ejercicio democrático que permita la creación y co-creación de políticas públicas eficaces y eficientes, propuestas legislativas de calidad que sean respetadas y aplicadas, así como una resolución de conflictos de manera rápida y expedita con profesionalismo especialización y legitimación, lo anterior, con el objeto de cumplir con el Estado de derecho y la protección irrestricta de la dignidad humana en sociedad.

IV. PROPUESTAS

El Sistema Nacional Anticorrupción, requiere para su mejoramiento, de mayor coordinación entre los órganos que lo conforman y los que operan su implementación, además de proporcionar una profesionalización y especialización a todo el personal público con ética profesional, generando concientización y conocimiento de las responsabilidades en el ejercicio del servicio público. Se necesita que los poderes de la unión trabajen en conjunto y con los mismos lineamientos para combatir la corrupción en todo el ente gubernamental.

El Sistema Nacional Anticorrupción debe de plantear estrategias y programas para aplicar una política preventiva, en la que la sociedad participe, haciendo denuncias o proponga mejoras en el actuar y en los procesos del servicio público.

Los Órganos Internos de Control, deben de ser un instrumento operativo para vigilar y aplicar la normatividad, para desarrollar políticas preventivas en la que se le dé prioridad

a la calidad del servicio público con honestidad y transparencia; así como lleve a cabo de manera correcta, la integración de investigaciones apegadas a la legalidad para el deslinde de responsabilidades e imposición de sanciones, en el que sea verdaderamente un coadyuvante en el Sistema Anticorrupción.

El Sistema Nacional Anticorrupción debe de ampliar el ámbito de participación de la ciudadanía, a través del Comité de Participación Ciudadana, en el que se integre por ciudadanos elegidos por la sociedad y no por propuestas del legislativo, los cuales, de inicio, advierten intereses políticos de los propios partidos. Asimismo, debe de incorporar a las organizaciones civiles, para que sean cocreadores de lineamientos y políticas públicas en el combate a la corrupción.

El Sistema de Fiscalización es el aspecto de relevancia para la comprobación de las acciones gubernamentales y la aplicación de recursos públicos, por lo que se plantea, la aplicación de un *Compliance* Anticorrupción, con el que se dé cumplimiento a la estructura normativa, se mejore el servicio, se optimicen recursos y se genere la participación ciudadana en la vida democrática del país. El Sistema de Fiscalización se debe fortalecer, con la revisión y participación de la ciudadanía, que permita mayor transparencia en el manejo de los recursos públicos y mayor vigilancia en las acciones de los servidores públicos. En este sentido, el Sistema de Rendición de Cuentas debe de ser efectivo, eficaz y eficiente de manera permanente, que brinde certeza y seguridad a la ciudadanía, garantizando la transparencia y acceso a la información pública.

El Estado Abierto debe de ser el mecanismo que nos permita como sociedad, garantizar una vida democrática basada en el respeto a la dignidad humana y al Estado de derecho, con la finalidad de que los diversos entes privados y públicos, así como los particulares en general, tengamos una colaboración, participación y transparencia activa en todos los procesos ciudadanos y nos involucremos en la actividad pública de manera proactiva, para que incida en nuestro entorno económico, político y social.

V. CONCLUSIÓN

El Sistema Nacional Anticorrupción y el Sistema de Fiscalización para que generen mejores resultados, deben de adoptar los principios del Estado Abierto, en el que se le de transparencia con máxima publicidad a todos los actos y datos públicos, se derive una colaboración de carácter interinstitucional que coordine y oriente, todos los esfuerzos y recursos públicos, así como aplique la participación activa, en la que se integre a la ciudadanía y las organizaciones civiles en la vigilancia y denuncia de actos; lo anterior, con el objetivo de que se respeten los derechos humanos y que el accionar gubernamental sea conforme a la legalidad en el Combate a la Corrupción.

Además de considerar que las decisiones de índole político, administrativo, social o de cualquier otra en el servicio público para la sociedad, sin orientación al cumplimiento de la ley, en perjuicio de la actividad pública, sin medición y evaluación, sin resultados con visión integral y de desarrollo, es contravenir a la constitución, a sus principios e ideales que se convierten en actos de corrupción, por lo que el actuar de un servidor público, de una institución u organismo público, de un representante popular y el de todo ciudadano que no se conduzcan en esa tesitura, fortalece la corrupción y la falta de Estado de derecho, que hoy en día nuestro país requiere urgentemente en beneficio de toda la sociedad.

En relación con todo lo anterior, y haciendo una reflexión de lo establece Albert Einstein en su frase célebre que dice: “La locura es hacer lo mismo una y otra vez esperando obtener resultados diferentes”⁴, en esta tesitura, si queremos en materia de combate a la corrupción mejores resultados, hay que hacer cosas diferentes para obtener resultados diferentes, tal y como se plantea con los siguientes elementos:



Imagen 1. Esquema de Estado Abierto y Fiscalización en el Combate a la Corrupción.

En este esquema se plantea una combinación de los elementos más relevantes para modernizar el combate a la corrupción de manera eficaz y eficiente, que nos garantice un verdadero cumplimiento al Estado de Derecho, que armonice las relaciones de toda la ciudadanía y generemos nuevos estadios para las nuevas generaciones en un entorno de gobernabilidad, reglas claras y respetando la dignidad humana.

⁴ Einstein, Albert, 19 frases de Albert Einstein que muestran la mente de un verdadero genio, https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2024-04-02/1mpa-frases-de-albert-einstein-que-muestran-la-mente_3859072/#:~:text=%22Todo%20debe%20ser%20hecho%20tan,no%20a%20personas%20o%20cosas.%22.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- CARNERO ROQUE, Genaro Salvador, *Derechos Humanos y Anticorrupción*, México, Tirant Lo Blanch, 2021.
- EINSTEIN, Albert, "19 frases de Albert Einstein que muestran la mente de un verdadero genio", 2 de abril 2024, https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2024-04-02/1m-pa-frases-de-albert-einstein-que-muestran-la-mente_3859072/#:~:text=%22Todo%20debe%20ser%20hecho%20tan,no%20a%20personas%20o%20cosas.%22.
- Informe del Sistema Nacional de Fiscalización 2022*, México, <https://www.gob.mx/sfp/documentos/informe-del-sistema-nacional-defiscalizacion>.
- MUÑOZ MEJÍA, Miriam Lisbeth, *Anatomía del Sistema Nacional Anticorrupción y los Sistemas Locales*, México, Centro Universitario de Estudios Jurídicos, 2021.
- PADILLA SANABRIA, Lizbeth Xóchitl, *Tópicos Jurídicos de Combate a la Corrupción*, México, Flores, 2020.
- RODRÍGUEZ ESPINOZA, Héctor, *El Combate Mundial Contra la Corrupción y su Impunidad*, México, Porrúa, 2021.
- SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, *Lucha Contra la Corrupción y Desarrollo en México: Políticas Públicas y Campos de Estudio*, México, Secretaría de la Función Pública, 2022.

SERVIDORES PÚBLICOS Y SU DERECHO A ESCALAFONAR

Montserrat ALVARADO VENTURA¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Alimentos.* III. *Marco normativo.* IV. *Ponderación de derechos.*
V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de información.*

RESUMEN

El derecho probatorio nos ha permitido desentrañar los diversos tipos de pruebas, su desahogo e idoneidad de estas en los procesos judiciales, sin embargo, más allá de esto permite conocer la verdad histórica y material de los hechos para que con ello, la resolución se apegue a esto.

En ese sentido, las pruebas en materia familiar siempre han sido sumamente trascendentes pues engloban un sector muy sensible para el derecho y muchas veces de ellas depende el bienestar de grupos vulnerables, como es el caso de los acreedores alimentarios. A lo largo de este trabajo analizaremos la problemática a la que se enfrentan los acreedores alimentarios, la función sociológica y jurídica de la parte activa de este vínculo, es decir los deudores alimentarios, su calidad como trabajado-

ABSTRACT

The law of evidence has allowed us to unravel the various types of evidence, its relief and suitability in judicial processes, however, beyond this it allows us to know the historical and material truth of the facts so that with this, the resolution adheres to this.

In that sense, tests in family matters have always been extremely important since they encompass a very sensitive sector for the law and the well-being of vulnerable groups often depends on them, as is the case of food creditors. Throughout this work we will analyze the problems faced by food creditors, the sociological and legal function of the active part of this link, that is, food debtors, their quality as workers at the service of the State, and the evidence that must be exhibited in a procedure in order not to be in the position to be registe-

¹ Licenciada y Maestrante en Derecho por la UNAM, Presidenta de la Fundación "Todo por Patitas", ha tomado diversos cursos de actualización y Diplomados y actualmente se encuentra estudiando la especialidad en Derecho Familiar en la UNAM y la especialidad en Responsabilidades Administrativas y Sistema Nacional Anticorrupción en el TFJA.

res al servicio del Estado, y las pruebas que deben exhibir en un procedimiento con la finalidad de no encontrarse en el supuesto para ser registrados en el Registro Nacional de Deudores Morosos.

PALABRAS CLAVE

Alimentos. Acreedor alimentario. Niñez. Deudor alimentario. Derechos fundamentales. Solidaridad. Orden social.

red in the National Registry of Delinquent Debtors.

KEY WORDS

Food. Food creditor. Childhood. Food debtor. Fundamental rights. Solidarity. Social order.

I. INTRODUCCIÓN

La familia siempre ha sido definida como el núcleo de la sociedad pues en ella se desarrolla la primera interacción y se rigen las bases morales y educativas de cada individuo. Es por ello, que al ser el grupo social primario por excelencia debe de gozar de una amplia protección jurídica abarcando así todas las figuras de las que se encuentra compuesta y los derechos y obligaciones que, de ella, emanen.

Ahora bien, no podemos dejar de lado las consideraciones sociales inherentes a la familia, y a su origen, las cuales al ser el núcleo central de la sociedad implican mayor grado de protección.

Por otro lado, no es menos importante recordar que la ponderación de derechos surge cuando dos derechos fundamentales y trascendentes convergen entre sí y son la posible solución a un asunto.

El primer capítulo pretende establecer los elementos sociológicos que enarbolan a los alimentos, así como los sujetos que intervienen en estos, asimismo, ofrece una perspectiva jurídica del tema de los alimentos, los sujetos que intervienen, así como una claridad basta del bagaje jurídico que los circunda.

El segundo capítulo nos refiere el marco normativo, lo que permite desentrañar la naturaleza del Registro Nacional, y el espíritu de las normatividades nacionales e internacionales.

El tercer capítulo nos habla acerca de la perspectiva de la ponderación de derechos, la importancia del test de proporcionalidad, y nos da una breve introducción a la propuesta que se desarrollará en el capítulo posterior, así como nos introduce a la interpretación conjunta de la normatividad constitucional y administrativa.

Finalmente, en el cuarto capítulo se habla acerca de la propuesta y la importancia de que el Registro Nacional de Deudores Alimentarios coadyuve con las dependencias de los

organismos descentralizados para poder así ofrecer una amplia protección a la familia y garantizar la prevención del incumplimiento del pago de obligaciones alimentarias.

II. ALIMENTOS

1. Alimentos desde una perspectiva sociológica

La familia es considerada el núcleo de la sociedad y el elemento primario de las relaciones humanas, por lo que, escribir sobre temas relacionados implica adentrarnos en su naturaleza social y jurídica para poder observar la problemática de su entorno y sus posibles soluciones.

Uno de los temas más emblemáticos, sin duda son los alimentos, pues al ser un derecho humano transversal se encuentran presentes en todos los aspectos de la vida de las personas, desde el derecho humano a la salud hasta el derecho humano a la vida, por lo que se plantea que todos y todas debemos la posibilidad de vivir en condiciones que permitan tener acceso de forma digna a alimentos adecuados y suficientes².

En ese orden de ideas es importante definir el concepto de alimentos, al respecto el Diccionario de la Real Academia Española nos dice que, etimológicamente proviene del latín *alimentum*, que significa ‘alimentar’; y lo define como la prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades³.

El jurista Rojina Villegas⁴ por su parte, estableció que el derecho de los alimentos es aquella facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco, sea consanguíneo, matrimonio o divorcio.

Según el Artículo 308 del Código Civil Federal los alimentos comprenden lo siguiente:

Artículo 308. Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Del texto referido podemos entender entonces que los alimentos constan de diversos elementos, siendo el más importante que su origen deriva de un vínculo social y legalmente reconocido.

² Véase, Cardona, Danilo, *et al.*, *Derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria*, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), Guatemala, 2011, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29521.pdf>, fecha de consulta 08 de mayo 2024.

³ “Alimento”, Diccionario de la Real Academia Española, Edición del Tricentenario, 2023, <https://dle.rae.es/alimento?m=form>, fecha de consulta 08 de mayo 2024.

⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil mexicano, Derecho de familia*, 8ª. ed., México, Porrúa, 1993, t. II, p. 165.

Ahora bien, es asaz evidente que el concepto de alimentos implica por antonomasia una connotación social, por lo que, establecer tanto a la sociedad como a sus elementos es eminente. Al respecto, Niklas Luhmann⁵, nos dice que, la sociedad moderna se caracteriza, sociológicamente hablando, por la diferencia funcional, por lo que la sociedad está compuesta por solo comunicaciones del entorno; es decir, la existencia de sistemas funcionales tales como el derecho, la economía, política, religión, educación, arte, ciencia, etc.

Una vez que hemos comprendido el concepto de alimentos y de sociedad es relevante entender el punto de convergencia entre sí, en relación con ello, los sociólogos refieren que:

... la sociedad es la familia, ya que en ella se forma un sistema de relaciones y formas causales, produciendo de esta manera la alimentación, acto único en su realización cotidiana, pero enlazado a una conciencia de tiempo social como grupo. La construcción social de la alimentación no es solo un asunto cultural, nutricional o de política social asistencial, sino sociológico, en tanto fundación y mantenimiento en el tiempo histórico de la familia⁶.

Del texto referido es ostensible que el concepto de alimentos deviene de una construcción de diversos aspectos, que como ya se han precisado en el ámbito de estudio, comprenden aspectos sociales, jurídicos y biológicos.

Respecto al aspecto social no se puede dejar de lado que el origen de la obligación alimentaria siempre encuentra un cauce social pues esta puede venir del concubinato, matrimonio, divorcio, parentesco⁷ (por consanguinidad o civil), sociedad de convivencia, pacto civil de solidaridad y testamento, tal y como analizaremos en capítulos subsecuentes.

Aunado a lo anterior, no podemos olvidar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el cumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos se considera de interés social y orden público por la trascendencia de estos en el grupo familiar y por ende en la sociedad, por lo que el Estado debe vigilar que entre las personas que se deben esta asistencia, se procuren de los medios y recursos suficientes para el adecuado cumplimiento⁸.

⁵ Fix Fierro, Héctor, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 20.

⁶ Arzate Salgado, Jorge, *La construcción social de la alimentación: una reflexión sociológica*, Cofactor, UAEM, 2018, p. 4.

⁷ Zavala Pérez, Diego H., *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2006, p. 22.

⁸ Tesis 1a. CXXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I., abril de 2014, p. 788.

A. Pensión alimenticia

En el título anterior quedó diáfano que las relaciones sociales que generan vínculos familiares y afectivos entre sí conllevan implicaciones por la naturaleza misma de su desarrollo y que entre las más importantes se encuentra la obligación de proporcionar alimentos.

El civilista Rafael Rojina Villegas⁹ estableció que por pensión alimenticia entendemos que es una forma de cumplimiento de la obligación alimentaria por parte del deudor alimentario al acreedor, dentro de la cual se proporciona a este último los elementos necesarios para cubrir necesidades tales como, comida, vestido, habitación y asistencia entre otros.

La pensión alimenticia puede ser provisional¹⁰ o definitiva¹¹, y consta de diversos elementos para que pueda ser reconocida y exigida. Esta obligación encuentra su vida en los principios de ayuda y asistencia mutua, mismos que constituyen igualmente elementos esenciales de los alimentos y que según lo dispuesto por nuestro máximo Tribunal se dividen de la siguiente forma¹²:

- Constituyen un deber derecho, es decir, que implican la obligación de proporcionarlos y a su vez, de exigirlos;
- Son proporcionales, es decir, se otorgan de acuerdo con la capacidad económica del deudor y a la necesidad del acreedor;
- Deben su origen a un vínculo social y jurídicamente reconocido como lo es el matrimonio, concubinato, divorcio, parentesco, sociedades de convivencia y pacto civil de solidaridad;
- Es de orden público e interés social, pues su propósito fundamental es proporcionar medios necesarios y suficientes de subsistencia a una persona que no puede procurarse dichos medios.
- Es recíproca, ya que obedece al principio jurídico que nos dice que quien tiene la obligación de suministrar alimentos puede posteriormente derecho a pedirlos;
- Es personalísima e intransferible ya que las circunstancias individuales de la o el acreedor alimentario propicia el derecho que le da origen a la obligación.

⁹ Rojina Villegas, Rafael, "Definición de Alimentos" en Martínez Morales, Rafael, *Diccionario Jurídico General*, 1a. ed., México, IURE editores, 2006, t. I, p. 46.

¹⁰ Es una medida cautelar e inmediata cuya finalidad es garantizar la subsistencia de quien demanda alimentos, durante el período del proceso mientras se dicta la sentencia.

¹¹ Es aquella que se determina con el dictado de la sentencia definitiva.

¹² Véase, *Alimentos, Temas Selectos de Derecho Familiar*, SCJN, México, septiembre, 2010, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scn/publicacion/201610/TEMAS%20SELECTOS%20DE%20DERECHO%20FAMILIAR%2C%20SERIE%2C%20NÚM.1%20ALIMENTOS%2082537_0.pdf, fecha de consulta 8 de mayo 2024.

- Es condicional toda vez que, solo existe cuando los elementos requeridos por la ley se cumplen;
- Es imprescriptible, además de que no existe la “cosa juzgada” en materia de alimentos pues la designación de estos obedece a la posibilidad económica del deudor y la necesidad del acreedor¹³;
- Es inembargable, pues se considera indispensable para la subsistencia del alimentista.

Lo anterior encuentra su fundamento en lo establecido de forma conjunta en el Artículo 389 y 1372 del Código Civil Federal que a la letra dicen:

Artículo 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley.

Artículo 1372.- El derecho de percibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. La pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los Artículos 308, 314, 316 y 317 de este Código, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimo antes establecido. Con excepción de los Artículos citados en el presente Capítulo, no son aplicables a los alimentos debidos por sucesión, las disposiciones del Capítulo II, Título VI del Libro Primero.

Entendemos entonces que la pensión alimenticia es la forma de cumplir la obligación de proporcionar alimentos de manera periódica con la finalidad de otorgar al acreedor alimentario los medios suficientes para subsistir de una manera digna.

B. *Acreedor y deudor alimentario*

En títulos anteriores se ha definido el tema central de los alimentos, así como la consecuencia del derecho susceptible de ser exigido a través del pago de la pensión alimente, por lo que resulta interesante entender a profundidad a los sujetos activos y pasivos de la obligación, es decir, el concepto de acreedor y deudor alimentario.

¹³ Tesis XX. 400 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIV, diciembre de 1994, p. 334.

Para que surja la obligación alimentaria es necesario que exista una relación o vínculo jurídico y social derivado de las figuras descritas en títulos que anteceden y que en este caso el deudor alimentario, esté en condiciones de proporcionar alimentos y que el acreedor alimentario no cuente con los medios ni las condiciones indispensables para subsistir, de esta forma nos encontraríamos frente al deudor y acreedor alimentario.

Según el jurista Rafael De Pina¹⁴, la obligación de dar alimentos se sustenta en un vínculo de solidaridad que enlaza a todos los miembros de la familia, conforme al cual las personas que forman parte de ella se deben asistencia recíproca.

Es decir, la ayuda mutua de los sujetos dentro del vínculo familiar es indispensable al momento de hacer exigible la obligación alimentaria.

Ahora bien, ha quedado establecido que son dos los sujetos de la obligación alimentaria, el alimentista o acreedor y el deudor alimentario, el primero de ellos es quién puede exigir los alimentos, mientras que el segundo es quien debe proporcionarlos¹⁵, recordemos que atendiendo a la naturaleza propia de la obligación alimentaria los roles antes descritos son dinámicos, es decir, el actual acreedor alimentario puede ser en un futuro el deudor alimentario.

Por tanto y de acuerdo con el origen de la obligación alimentaria y por regla general, los sujetos pueden ser: los cónyuges, concubinos, padres, a falta o imposibilidad de los padres otros ascendientes o miembros de la familia ampliada¹⁶, hijos o hijas (con base en el dinamismo de esta figura), adoptante y adoptado.

Dimanado de lo anterior se puede deducir que para determinar al sujeto obligado de proporcionar alimentos se deberá atender al orden de proximidad, es decir, los parientes más cercanos excluyen a los parientes más lejanos y que fungen originalmente en un sentido de solidaridad.

Una vez que ha quedado diáfano quiénes son los sujetos de la relación alimentaria, hay que las características sociológicas del deudor alimentario son relevantes para determinar el grado de cumplimiento de su obligación alimentaria.

Recordemos que la obligación de pagar alimentos no solo tiene un origen jurídico sino también encuentra su vida en la solidaridad y ayuda mutua que enarbolan a la familia.

¹⁴ De Pina, Vara, Rafael, *Derecho Civil mexicano, Familia*, 15ª. ed., México, Porrúa, 1986, p. 305.

¹⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Familia*, México, Porrúa, 2008, p. 668.

¹⁶ Tesis 1.60.C. 109 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, junio de 1997, p. 716.

Luis de Sebastián¹⁷ concibe a la solidaridad humana como: el reconocimiento práctico de la obligación natural que tienen los individuos y los grupos humanos de contribuir al bienestar de los que tienen que ver con ellos, especialmente de los que tienen mayor necesidad.

En ese mismo orden de ideas hay que establecer que es muy importante recordar que actualmente según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), tres de cada cuatro hijos de padres separados no reciben una pensión alimenticia suficiente para satisfacer sus necesidades elementales y que el 67.5% de las madres enfrentan la evidente evasión de las obligaciones de sus ex parejas¹⁸.

Otro tema importante a abordar para efectos del presente trabajo son las características del deudor alimentario como individuo, mismas que dependiendo de su especificidad pueden influir en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.

No debemos olvidar que hablar sobre temas de familia resulta complejo por la multiplicidad de disciplinas inmersas entre sí, por lo que, no es pertinente dejar de lado que el deudor alimentario es un individuo de la sociedad cuyo incumplimiento se debe a factores psicológicos, económicos y sociales, y para comprender este último es pertinente desentrañar la esencia social que lo enarbola.

Para entender mejor lo anterior hay que definir al concepto de individuo, al respecto, el jurista López Durán Rosalío¹⁹ lo explica de la siguiente forma:

En el enfoque social, el concepto de individuo hace referencia a dos sentidos: uno general, en el cual simplemente se alude en abstracto a cualquier miembro (ser humano) de la sociedad, o en el contexto de la socialización, en el cual se considera que el individuo se halla vinculado estrechamente en el concepto de sociedad y muy ligado a dos procesos: socialización e individualización.

Del texto anterior podemos inferir que, en efecto, los individuos se componen por elementos personales o sociales, respecto de los elementos personales intrínsecos se encuentran la personalidad, emociones, costumbres, etc., y respecto de los elementos extrínsecos se encuentra el trabajo y las relaciones sociales.

¹⁷ De Sebastián, Luis, *La solidaridad*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 16.

¹⁸ "La triple dimensión en las obligaciones alimentarias en México", Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados LXV Legislatura, mayo 2022, Documento de trabajo no. 375, <https://portalhcd.diputados.gob.mx/PortalWeb/Micrositios/169b91a8-1ae2-49cb-b5c7-dd144fda65d9.pdf>, fecha de consulta 08 de mayo 2024.

¹⁹ López Durán, Rosalío, *Sociología General y Jurídica*, México, IURE editores, 2008, p. 44.

Ahora bien, para efectos del presente trabajo, además de los factores considerados, nos enfocaremos en el aspecto laboral de los deudores alimentarios.

2. Alimentos desde una perspectiva jurídica

Como se ha precisado previamente el concepto de alimentos alude a un derecho transversal que implica diversos elementos y a su vez trasciende a otros derechos humanos tales como la salud, la vida e inclusive la dignidad humana.

Para el Jurista Pérez Duarte²⁰, los alimentos constituyen un elemento de tipo económico que permite al ser humano obtener su sustento en los aspectos físico, psíquico y que son el elemento que permite la subsistencia y el desarrollo de una persona.

Atendiendo a lo establecido en el Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto de la jerarquía de la normatividad es imperdible referir la regulación alimentaria en materia internacional, en ese sentido y de acuerdo con el orden cronológico de inmersión de los tratados es necesario referir primeramente lo estipulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos²¹ en su Artículo 25 que a la letra dice:

Artículo 25.-

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26.-

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

²⁰ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, voz "Alimentos", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, UNAM, 2007, t. A-C. p. 163.

²¹ Adoptada en París durante la sesión plenaria número 183 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

La interpretación conjunta de los anteriores preceptos forma el concepto de alimentos e inclusive especifica que la salud, el bienestar, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios forman parte del derecho fundamental de los alimentos.

Otro tratado que contempla este derecho fundamental es lo establecido en el Artículo 27 de la Convención de los Derechos Niños que a la letra dice:

Artículo 27.-

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados²².

Es preciso recordar que uno de los elementos fundamentales que toman en consideración los jueces al momento de establecer el porcentaje de pensión alimenticia es el nivel de

²² Esta fue ratificada por México el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el DOF el 25 de enero de 1991.

vida que han llevado los acreedores alimentarios, así como observar que el porcentaje de los alimentos corresponda a las necesidades de este.

Otra Convención trascendente sin duda es la celebrada en 1989 en Montevideo, Uruguay conocida como Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias cuyo objeto es la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, especificado en su Artículo primero que a la letra dice:

Artículo 1o.-

La presente Convención tiene como objeto la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte.

La presente Convención se aplicará a las obligaciones alimentarias respecto de menores por su calidad de tales y a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales.

Los Estados podrán declarar al suscribir, ratificar o adherir a esta Convención que la restringen a las obligaciones alimentarias respecto de menores.

Y de la cual México en su declaración interpretativa al ratificar la Convención declaró la conformidad con el Artículo 3 de dicha convención que a la letra dice:

Artículo 3o.-

Los Estados al momento de suscribir, ratificar o adherir a la presente Convención, así como con posterioridad a la vigencia de la misma, podrán declarar que esta Convención se aplicará a las obligaciones alimentarias en favor de otros acreedores; asimismo, podrán declarar el grado de parentesco u otros vínculos legales que determinen la calidad de acreedor y deudor de alimentos en sus respectivas legislaciones.

Es evidente que del precepto anterior se deriva el principio de reciprocidad de los alimentos, que nos dice que quien proporciona los alimentos a su vez tiene derecho a pedirlos²³, establecido en el Artículo 301 del Código Civil Federal y que a la letra dice:

Artículo 301.- La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho de pedirlos.

²³ Véase, *Tratados Multilaterales, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*, <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-54.html>, fecha de consulta 8 de mayo 2024.

Atendiendo a la jerarquización de la normatividad, nuestra Constitución Federal establece en su Artículo 4o. el reconocimiento y la obligación del Estado de garantizar el acceso al derecho humano a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.

Por su parte el Código Civil Federal establece en sus Artículos 301 al 323 las especificidades que enarbolan el derecho a los alimentos.

A. *Pensión alimenticia, acreedor y deudor alimentario*

En títulos precedentes ha quedado establecido que la pensión alimenticia es una forma de cumplir con la obligación alimentaria y que su determinación dependerá de cada caso en concreto, por lo que el Juez tendrá la obligación de examinar los ingresos del deudor alimentario y las necesidades del acreedor.

De acuerdo con el jurista Baqueiro Rojas y la jurista Buenrostro Báez Rosalía en su libro *Derecho de familia y sucesiones*, la obligación alimentaria es la prestación generada por el matrimonio y el parentesco de ayudar al pariente en estado de necesidad, proporcionándole alimentos para su subsistencia²⁴.

De acuerdo con lo establecido por el Código Civil Federal en su Artículo 1372, la pensión se fijará y asegurará de acuerdo con lo establecido por la interpretación conjunta de los Artículos 308, 314, 316 y 317 de la multicitada legislación. Es decir, se entenderá que la obligación de cubrir los alimentos abarcará la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, se considerará además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales, asimismo, se considerará para su aseguramiento la hipoteca, prenda, fianza y depósito de cantidad bastante para cubrir los alimentos, asimismo la pensión alimenticia puede cubrirse por depósito voluntario²⁵, descuento directo en nómina, entre otros.

Respecto del acreedor y deudor alimentario se ha establecido que es una relación dinámica tendiente para cambiar de acuerdo con las circunstancias individuales de cada caso.

Asimismo, nuestro máximo Tribunal²⁶ ha establecido que:

El estado de necesidad del acreedor alimentario constituye el origen y fundamento de la obligación de alimentos. En este sentido, es importante destacar que este estado de necesidad surge, como su nombre lo indica, de la necesi-

²⁴ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Porrúa, 1993, p. 162.

²⁵ Este derivado usualmente de la celebración de los convenios antes del procedimiento judicial o bien, por vía de aplicación de medios alternativos.

²⁶ Tesis 1a./J. 34/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III., agosto 2016, p. 603.

dad y no de la comodidad, por lo que es evidente que quien tiene posibilidades para trabajar no puede exigir de otro la satisfacción de sus necesidades básicas. Además, se trata de un derecho estrictamente individual, por lo que para que se actualice la obligación de alimentos se debe tener en cuenta la necesidad del acreedor de estos y no de las personas que tiene a su cargo.

De la tesis referida es evidente las consideraciones realizadas respecto al tema de los alimentos, y que el punto toral para otorgarlos es la acreditación del vínculo social y jurídico, así como el derecho humano reconocido y el evidente estado de necesidad del acreedor alimentario.

Respecto del deudor alimentario se mencionó que es un ser individual que se encuentra inmerso en la sociedad y que cumple diversos roles en esta, tales como, padre o madre, hijo o hija, amigo o amiga y trabajador o trabajadora, siendo este último un factor relevante en el presente trabajo.

B. Deudores alimentarios como trabajadores al servicio del Estado

Los deudores alimentarios al cumplir diversos roles en la sociedad son evidentes que uno de los más importantes al considerar y hablar del tema de alimentos es el trabajo que desempeñan.

Al respecto, el 17 de septiembre de 2021 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos promovió la Acción de Inconstitucionalidad, por conducto de su presidenta, María del Rosario Piedra Ibarra, en la que se solicitó la invalidez del Artículo 20, fracción V, de la Ley Orgánica de la Administración Pública para el Estado de Hidalgo, reformado mediante Decreto Número 724, publicado el dieciséis de agosto de dos mil veintiuno en el Periódico Oficial de dicho Estado y que a la letra dice:

Artículo 20.- Para ser titular de las dependencias y entidades del Ejecutivo a que se refiere esta Ley, se requiere:

V.- No ser deudora o deudor alimentario moroso, salvo que acredite estar al corriente del pago, cancele esa deuda, o bien, tramite el descuento correspondiente;

La citada Acción de Inconstitucional basó su argumento en que se excluía injustificadamente a determinados sectores de la población de la posibilidad de acceder a la titularidad de alguna de las dependencias y entidades del Ejecutivo del Estado de Hidalgo y que lo anterior era una prohibición expresa respecto al acceder a un cargo público en igualdad de condiciones solo por encontrarse en el supuesto de ser deudora o deudor alimentario mo-

roso, circunstancia que según los quejosos no tiene relación alguna con dicha prohibición pues el acceder o no al servicio público debía obedecer a las capacidades del interesado para ejercer dicha función. Sin embargo, Nuestro Máximo Tribunal²⁷ consideró que dicha ley no prohibía el acceso al empleo o cargo público, sino que únicamente fungía como medida de preventiva y que:

... es mayor el beneficio de proteger y garantizar el derecho de alimentos, que el perjuicio que, en su caso, pudiera generar en la esfera de derechos del deudor alimentario moroso, al no poder acceder a un cargo público hasta tanto cubra su deuda alimentaria, por lo que la medida legislativa cumple con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, dicho criterio dio origen ineludiblemente a la Reforma del Artículo 38, fracción VII, párrafo tercero de la Constitución Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2023 para quedar de la siguiente forma, en su parte conducente:

Artículo 38.- Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

VII. (...)

Por ser declarada como persona deudora alimentaria morosa. En los supuestos de esta fracción, la persona no podrá ser registrada como candidata para cualquier cargo de elección popular, ni ser nombrada para empleo, cargo o comisión en el servicio público.

Sin embargo, del anterior precepto podemos observar que no se considera que es lo que sucede en caso de que una persona sea trabajadora al Servicio del Estado y deudor alimentario moroso.

Derivado de lo anterior y para efectos de delimitar la presente investigación es pertinente definir el concepto de trabajador al servicio del Estado, pues si bien es cierto, la Acción de Inconstitucionalidad refiere a los servidores públicos de la Administración Pública centralizada, también es cierto que el espíritu de la reforma Constitucional nos dice que los deudores alimentarios morosos no deben ocupar cargos ni ser nombrados para empleos en el servicio público.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional nos define lo que debemos inferir por trabajador al servi-

²⁷ "Acción de Inconstitucionalidad". La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tiene legitimación para promoverla cuando considere que leyes de carácter estatal vulneran derechos humanos (Ley Orgánica de la Administración Pública para el Estado de Hidalgo), Buscador Jurídico, México, SCJN, https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/HbsvqIUBAeINReW6xx_R/%22Necesidades%20primarias%22, fecha de consulta 08 de mayo 2024.

cio del Estado en la interpretación homogénea de sus Artículos 1o., 2o. y 3o. que a la letra dicen:

Artículo 1o.- La presente Ley es de observancia general para los titulares y trabajadores de las dependencias de los Poderes de la Unión, del Gobierno del Distrito Federal, de las Instituciones que a continuación se enumeran: Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Juntas Federales de Mejoras Materiales, Instituto Nacional de la Vivienda, Lotería Nacional, Instituto Nacional de Protección a la Infancia, Instituto Nacional Indigenista, Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, Comisión Nacional de Valores, Comisión de Tarifas de Electricidad y Gas, Centro Materno Infantil Maximino Ávila Camacho y Hospital Infantil; así como de los otros organismos descentralizados, similares a los anteriores que tengan a su cargo función de servicios públicos.

Artículo 2o.- Para los efectos de esta ley, la relación jurídica de trabajo se entiende establecida entre los titulares de las dependencias e instituciones citadas y los trabajadores de base a su servicio. En el Poder Legislativo los órganos competentes de cada Cámara asumirán dicha relación.

Artículo 3o.- Trabajador es toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales.

Es por demás pertinente recordar que para efectos del presente basaremos la prevención del incumplimiento de la pensión alimenticia en aquéllas celebradas con trabajadores al servicio del Estado cuyo cumplimiento de la obligación alimentaria se base en la celebración de un convenio.

III. MARCO NORMATIVO

1. Derecho Nacional sobre la regulación del incumplimiento de la obligación alimentaria

A consideración de quien suscribe, hay tres consecuencias importantes respecto del incumplimiento de la obligación alimentaria, la configuración de un delito, la suspensión Constitucionalmente de derechos o prerrogativas de los ciudadanos y la inscripción al Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias.

Respecto de la primero la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que:

Para que se actualice el tipo penal de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, incumplimiento de deberes alimentarios o abandono de per-

sonas, se requiere que: 1) el activo abandone y deje de cumplir su obligación de asistencia; 2) carezca de motivo justificado para ello, y 3) en virtud de esa conducta, los acreedores queden sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, entendida ésta desde el punto de vista del derecho alimentario. En ese sentido, es indudable que para la configuración del tipo penal basta con que quien tiene el deber derivado de una determinación, mandato, sanción o convenio judicial, de proporcionar a otro los medios de subsistencia, deje de hacerlo sin causa justificada. Ello es así, porque al tratarse de un delito de peligro no es preciso que los acreedores se encuentren en situación de desamparo absoluto real, surgido de la ausencia de recursos que permitan su subsistencia, la cual en su concepción jurídica, se presume ante la disposición de un juez civil, que previamente constató las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor, razón por la que la obligación a su cargo no puede desplazarse a otra persona en tanto que una autoridad judicial determinó que es a él y no a alguien más a quien corresponde garantizar la subsistencia de sus acreedores, lo que responde a un espíritu tutelar para la institución de la familia, pues elevando el incumplimiento a la categoría de ilícito penal se pretende castigar el abandono de quien debiendo amparar a los miembros de la familia que lo necesitan, los abandona sin justo motivo²⁸.

Respecto de lo establecido por nuestro Alto Tribunal se destaca que el delito de incumplimiento de obligaciones alimentarias se establece en el Título Séptimo, Capítulo Único, Delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, en el cual se determinan las particularidades para la actualización del delito particularmente en el Artículo 193 que a la letra dice:

Artículo 193.- Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño a las cantidades no suministradas oportunamente. Si el adeudo excede de noventa días, el Juez ordenará al Registro Civil el ingreso de los datos del sentenciado en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Para los efectos de este Artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero. Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos o la reparación del daño, se determinarán

²⁸ Tesis 1a./J. 49/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I., noviembre de 2015, p. 753.

con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.

Una vez que el sentenciado cumpla con la reparación del daño, el Juez a petición de parte deberá ordenar al Registro Civil la cancelación de la inscripción.

De la lectura de dicho precepto legal se advierte que aunado a la sanción por el delito del incumplimiento de la obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, el Juez ordenará al Registro Civil el ingreso de los datos del sentenciado en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos actualmente Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, cuya consecuencia analizaremos de forma subsecuente.

A. Marco normativo de la creación del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias

La pandemia provocada por el SARS-COVID19 trajo consigo multiplicidad de complicaciones, pérdidas de vidas, problemas económicos y desintegración familiar.

De acuerdo con el INEGI, el pico más alto de divorcios fue posterior a la pandemia, en el año 2021, de cada 100 matrimonios ocurrieron 33 divorcios²⁹.

El divorcio trae consigo consecuencias accesorias como el establecimiento del pago de una pensión alimenticia, el régimen de visita y la guarda y custodia.

En ese sentido, el pago de una pensión alimenticia evidencia problemas sociales al momento de ser designados, principalmente los siguientes: brecha salarial en perjuicio de las mujeres, guarda y custodia designada mayormente a mujeres y finalmente afectación por incumplimiento de pago de alimentos.

Recordemos que el derecho al pago de alimentos es un derecho transversal, y que por tanto es de suma importancia el pago oportuno de la pensión alimenticia, en atención por supuesto, al riesgo en que se pone al acreedor alimentario al dejar de cubrir sus necesidades básicas, poniendo en riesgo inclusive su vida.

En antesala se mencionó que una de las consecuencias del incumplimiento del pago de la pensión alimenticia precisamente radica en la inscripción en el entonces Registro de Deudores Alimentarios Morosos para el caso de la CDMX³⁰, y este encontraba su fundamento en el Artículo 35 del Código Civil de la CDMX y que a la letra dice:

Artículo 35.- En el Distrito Federal estará a cargo de las y los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil de las y los mexicanos y extranjeros en

²⁹ "En México, los índices de divorcio van en aumento", <https://www.gaceta.unam.mx/en-mexico-los-indices-de-divorcio-van-en-aumento/>, México, UNAM, febrero 2023, fecha de consulta 08 de mayo 2024.

³⁰ Recordemos que dicha Institución dependía del Registro Civil, por lo que su ámbito de competencia era meramente local.

el Distrito Federal, al realizarse el hecho o el acto de que se trate, y extender las actas relativas a:

(...)

El Registro Civil tendrá a su cargo el Registro de Deudores Alimentarios Morosos del Distrito Federal, en el que se inscribirá a las personas que hayan dejado de cumplir por más de noventa días, sus obligaciones alimentarias, ordenadas por los jueces y tribunales o establecidas por convenio judicial. El registro expedirá un Certificado que informe si un deudor alimentario se encuentra inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

El Registro Civil, una vez hecha la inscripción a que se refiere el párrafo anterior, formulará solicitud al Registro Público de la Propiedad a efecto de que se anote el Certificado respectivo en los folios reales de que sea propietario el Deudor Alimentario Moroso. El Registro Público de la Propiedad informará al Registro Civil si fue procedente la anotación.

El Registro Civil celebrará convenios con las sociedades de información crediticia a que se refiere la Ley de la materia, a fin de proporcionar la información del Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Artículo 309.- El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias.

Aquella persona que incumpla con lo señalado con el párrafo anterior por un periodo de noventa días se constituirá en deudor alimentario moroso. El Juez de lo Familiar ordenará al Registro Civil su inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, proporcionando al Registro los datos de identificación del deudor alimentario que señala el Artículo.

En ese mismo orden de ideas es preciso destacar que al ser un registro del ámbito local, no todas las entidades contaban con la legislación para la creación o implementación de un Registro de deudores alimentarios, es decir, de las 32 entidades federativas, 17 no habían legislado hasta 2023 en la materia. Sin embargo, el Registro de Deudores Alimentarios Morosos que hasta 2023 era vigente, no era eficiente pues, en la Opinión Técnica sobre deudores alimentarios morosos³¹, se reflejaban los siguientes datos:

³¹ Juárez Pérez, Martha, *et al.*, "Opinión técnica sobre deudores alimentarios morosos", *Estudios legislativos y Comisiones del Centro de Estudios Legislativos para la Igualdad de Género*, octubre 2022, [chrome-extension://efaidnbnm-](#)

La siguiente tabla, es el resultado de solicitud de información pública a través de la Plataforma Nacional de Transparencia al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México la cual corresponde al No. de folio: 090164122001150, sobre la utilidad del Registro de Deudores Alimentarios morosos en la CDMX³²:

Asuntos resueltos por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México sobre deudores alimentarios morosos					
Rubros	2018	2019	2020	2021	2022
Total de expedientes tramitados	11,596	11,314	7,430	9,816	2,517
Tramitado por la madre	10,344	10,042	6,659	8,690	2,143
Tramitado por el padre	1,069	1,094	689	1,000	345
Tramitado por , tios, abuelos u otro	183	178	82	126	29
Inscripciones al Registro de deudores alimentarios morosos de la Ciudad de México					
	2018	2019	2020	2021	2022
Registro realizados en el REDAM	37	52	8	15	2
Cancelación de registros	2	2	0	0	0
Total de cuentas en donde se han cancelado cuentas bancarias de deudores alimentarios	16	16	13	8	1

De la anterior lectura es claro que el Registro de Deudores Alimentarios Morosos dependiente del Registro Civil que operaba en la localidad era poco eficiente y eficaz. De ahí la necesidad de crear un nuevo registro que unificara los elementos y datos de deudores alimentarios del país con la finalidad de efficientar su aplicación.

En 2023 se llevó a cabo una reforma en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece que los derechos alimentarios incluyen la satisfacción de las necesidades de sustento y supervivencia propiciando así su reforma en el 2023 y contemplando lo siguiente, la alimentación y nutrición, vestido, habitación, recreación, atención médica y psicológica, asistencia médico-hospitalaria y, en su caso, los gastos de embarazo y parto, los gastos derivados de la educación y la formación para proporcionar a las(os) hijas(os) un oficio, arte o profesión, adecuados a sus circunstancias personales, y en el caso de hijas/os con alguna discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr su habilitación o rehabilitación y desarrollo.

De los trabajos legislativos realizados por las comisiones se determinó la necesidad de la unificación de los datos de deudores alimentarios morosos, misma que fue integrada a la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en su Sección Cuarta.

[nnnibpcajpcglclefindmkaj/https://genero.congresocdmx.gob.mx/wp-content/uploads/2022/10/OT-Deudores-alimentarios-morosos-oct-06-2022](https://genero.congresocdmx.gob.mx/wp-content/uploads/2022/10/OT-Deudores-alimentarios-morosos-oct-06-2022), fecha de consulta 08 de mayo 2024, p.12.

³² *Idem*.

El Artículo 135 Bis de la ley establece la creación del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, su objetivo, su periodo de actualización y su dependencia al Sistema Nacional DIF, de la siguiente forma:

Artículo 135 Bis.- Se crea el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias cuyo objeto es concentrar la información de deudores y acreedores de obligaciones alimentarias, a fin de dar efectiva protección y restitución de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Los Tribunales Superiores de las entidades federativas y de la Ciudad de México suministrarán, intercambiarán, sistematizarán, consultarán, analizarán y actualizarán, la información que se genere sobre el incumplimiento de las obligaciones alimentarias en el ámbito de sus competencias utilizando los sistemas e instrumentos tecnológicos del Sistema Nacional DIF para que con ella integre al Registro Nacional de Obligaciones.

La calidad de deudor moroso se difundirá en el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, el cual, será público con base en lo dispuesto en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.

Las Procuradurías de Protección de las entidades federativas y de la Ciudad de México tendrán acceso total a las bases de datos del Registro Nacional de Obligaciones.

Los datos recabados en este registro podrán ser utilizados para los fines estadísticos o de análisis que se consideren necesarios.

La actualización del registro deberá realizarse de forma mensual.

En los Artículos subsecuentes se establece las personas obligadas a proporcionar información, los requisitos de forma en la inscripción, así como los trámites y procedimientos que requieran la expedición del certificado de no inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios, establecido en el Artículo 135 Sexties que a la letra dice:

Artículo 135 Sexties.- Las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus competencias, dispondrán lo necesario a fin de establecer como requisito la presentación del certificado de no inscripción en el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias. Entre los trámites y procedimientos que podrán requerir la expedición de ese certificado, se encuentran los siguientes:

- I. Obtención de licencias y permisos para conducir;
- II. Obtención de pasaporte o documento de identidad y viaje;
- III. Para participar como candidato a cargos concejiles y de elección popular;

- IV. Para participar como aspirante a cargos de jueces, magistrados en el ámbito local o federal;
- V. Los que se realicen ante notario público relativos a la compraventa de bienes inmuebles y la constitución o transmisión de derechos reales, y
- VI. En las solicitudes de matrimonio, el juez del Registro Civil hará del conocimiento si alguno de los contrayentes se encuentra inscrito en el Registro, mencionando la situación que guardan respecto de las obligaciones que tiene.

La fracción IV, es asaz importante ya que consideramos debe modificarse pues debería considerar los requisitos de escalafón para ser una medida preventiva completa.

B. Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional

Con anterioridad se estableció que los sujetos a los que va dirigido el presente estudio se encuentran contemplados en el 123, apartado B de nuestra Constitución Federal y que a la letra dice en su parte conducente:

Artículo 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

B. Entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores:

VII. La designación del personal se hará mediante sistemas que permitan apreciar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes. El Estado organizará escuelas de Administración Pública;

VIII. Los trabajadores gozarán de derechos de escalafón a fin de que los ascensos se otorguen en función de los conocimientos, aptitudes y antigüedad. En igualdad de condiciones, tendrá prioridad quien represente la única fuente de ingreso en su familia;

El precepto previamente citado otorga el fundamento para la existencia de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, cuya observancia va dirigida explícitamente a los trabajadores de los Organismos descentralizados y de su lectura podemos obviar que una parte de los derechos de los trabajadores al servicio del Estado se encuentra precisamente el acceso y/o la posibilidad de escalafonar.

En esa tesitura resulta ilógico que la preferencia para escalafonar se otorgue a aquellos y aquellas trabajadoras que sean la única fuente de ingreso familiar y no se establezca una prohibición expresa a no escalafonar en caso de encontrarse en el supuesto de deudores alimentarios morosos.

Siguiendo ese mismo orden de ideas, es conveniente recordar que el espíritu del Artículo 38, fracción VII, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) abarca a este tipo de trabajadores.

Por otro lado, la Ley Federal de los trabajadores al Servicio del Estado define en su Artículo 47 lo que debe entenderse por escalafón y a la letra dice:

Artículo 47.- Se entiende por escalafón el sistema organizado en cada dependencia conforme a las bases establecidas en este título, para efectuar las promociones de ascenso de los trabajadores y autorizar las permutas.

Del análisis del anterior precepto se vislumbra que en efecto el Artículo persigue el mismo objetivo y sentido que se perseguía con la Acción de Inconstitucionalidad 137/2021 citada en niveles que anteceden y que se resume en otorgar la posibilidad a las y los trabajadores de concursar para acceder a los ascensos y promociones en igualdad de circunstancias.

De igual forma en el Artículo subsecuente se explica quienes tienen derecho de acceder al escalafón:

Artículo 48.- Tienen derecho a participar en los concursos para ser ascendidos, todos los trabajadores de base con un mínimo de seis meses en la plaza del grado inmediato inferior.

Nuevamente se circunda la posibilidad de acceder a un mejor nivel y/o puesto para las y los trabajadores en igualdad de condiciones.

En esa misma línea en el Artículo 50 se establece lo conducente a los factores escalafonarios, los cuales se establecen de la siguiente forma:

Artículo 50.- Son factores escalafonarios

- I. Los conocimientos.
- II. La aptitud.
- III. La antigüedad, y
- IV. La disciplina y puntualidad.

Se entiende:

- a) Por conocimientos: La posesión de los principios teóricos y prácticos que se requieren para el desempeño de una plaza.
- b) Por aptitud: La suma de facultades físicas y mentales, la iniciativa, laboriosidad y la eficiencia para llevar a cabo una actividad determinada.

- c) Por antigüedad: El tiempo de servicios prestados a la dependencia correspondiente, o a otra distinta cuyas relaciones laborales se rijan por la presente Ley, siempre que el trabajador haya sido sujeto de un proceso de reasignación con motivo de la reorganización de servicios, o de los efectos de la desconcentración administrativa aun cuando la reasignación tuviere lugar por voluntad del trabajador.

Nuevamente se aprecia cómo el legislador otorga a las y los trabajadores requisitos mínimos para poder acceder al escalafón, y los cuales si son requisitados tendrán una igualdad de oportunidades, empero, es curioso que a pesar de que en la CPEUM se contempla la preferencia por una o un trabajador cuando sea la única fuente del ingreso familiar en la legislación en comento no abarque una protección al respecto, lo cual analizaremos en títulos posteriores.

2. *Derecho Internacional sobre la regulación del cumplimiento de obligaciones alimentarias*

Revisar y analizar los casos de forma internacional en donde se contemplan figuras similares es indispensable para determinar un ámbito de comparación. Al respecto la jurista Sirvent Gutiérrez Consuelo³³ nos dice:

El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado.

El derecho comparado obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro, así su estudio es necesario para apreciar tanto las diferencias y similitudes como los defectos y los aciertos de ese orden.

Entendemos entonces, que comparar las reglas de derecho de diversas figuras jurídicas permiten compararlos entre sí e inferir sus analogías de esa forma poder mejorar las figuras inmersas en el propio país³⁴.

De ahí que analizar el Registro de Deudores Alimentarios de Argentina y de Uruguay sea pertinente para el presente trabajo.

A. *El Registro de deudores alimentarios en Argentina*

El Registro de Deudores Alimentarios Morosos (RDAM) de Argentina fue creado por la Ley 13.074 y tiene por objeto registrar por orden judicial a todo obligado u obligada al pago de alimentos por sentencia firme o por convenio homologado judicialmente, que

³³ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 14ª. ed., México, Porrúa, 2011, p. 1.

³⁴ *Ibidem*, p. 3.

adeude determinado número de cuotas (tres cuotas consecutivas o cinco alternadas)³⁵. En caso de las personas que no se encuentren en el supuesto de considerarse como deudores alimentarios morosos se les podrá expedir un certificado (similar a la constancia para el caso de México) de libre Deuda Alimentaria.

Ahora bien, es interesante que en Argentina se considere el incumplimiento del deber alimentario como una forma importante de violencia económica de la siguiente forma:

Según la Ley 26.485 de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” la violencia económica y patrimonial es la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

- La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;
- La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;
- La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;
- La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

El incumplimiento de la cuota alimentaria es una violación a un derecho esencial de los niños, niñas y adolescentes e implica además que quien cubra esa falta sea la persona que queda a cargo. Por la asignación tradicional y maternalista de los roles y tareas de cuidado, tras una separación o divorcio esa persona es, en general, la madre.

El incumplimiento de alimentos representa entonces un claro ejemplo de VIOLENCIA ECONÓMICA dado que la mujer, a cargo de sus hijos/as que no cuenta con cuota alimentaria se ve obligada a multiplicar cantidad y horas de trabajo para cubrir los gastos generados.

En ese mismo orden de ideas es interesante destacar que además de la suspensión de las prerrogativas que en México se contemplan, tales como, no otorgar la licencia de conducir, también se suspende la posibilidad de poder incidir en actos de comercio celebrados con el Estado de la siguiente manera:

³⁵ Véase, “Registro de Deudores Alimentarios Morosos (RDAM)”, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, [https://www.gba.gob.ar/justicia_y_ddhh/deudores_alimentarios#:~:text=El%20Registro%20de%20Deudores%20Alimentario,consecutivas%20o%20cinco%20alternadas\)%20previa](https://www.gba.gob.ar/justicia_y_ddhh/deudores_alimentarios#:~:text=El%20Registro%20de%20Deudores%20Alimentario,consecutivas%20o%20cinco%20alternadas)%20previa, fecha de consulta 08 de mayo 2024.), fecha de consulta 08 de mayo 2024.

Implica que las instituciones y organismos públicos oficiales, provinciales o municipales, no darán curso a operaciones bancarias como la obtención de créditos, tarjetas de crédito o apertura de cuenta corriente entre otras, no se le otorgará o renovará la licencia de conducir, no podrá ser proveedor de la Provincia, Municipios ni organismos descentralizados, no se le otorgarán habilitaciones para la apertura de comercio y/o industrias, ni concesiones o permisos y no podrá participar en licitaciones³⁶.

Dicha circunstancia me parece idónea pues funciona como factor preventivo al momento de hacer exigible el pago de alimentos.

B. *Registro Nacional de las personas obligadas al pago de pensiones alimenticias decretadas judicialmente en favor de niños, niñas y adolescentes en Uruguay*

Otra Institución es preciso analizar es el Registro Nacional de las personas obligadas al pago de pensiones alimenticias decretadas judicialmente en favor de niños, niñas y adolescentes en Uruguay (RENOA), el cuál desde marzo de 2019 es accesible para el público.

El objetivo del Registro es agilizar y dar continuidad al cumplimiento de las obligaciones a las pensiones alimenticias y funciona de la siguiente forma:

A partir de enero de 2019 los oficios judiciales de las pensiones alimenticias son comunicados desde el Poder Judicial directamente al Banco de Previsión Social (BPS) por medios electrónicos.

La persona administradora no tiene que hacer ningún trámite en BPS o en las empresas para cobrar la pensión alimenticia.

Una vez inscripto en el RENOA, no es necesario iniciar un nuevo trámite cada vez que el obligado cambia de trabajo, ya que el BPS notifica a la nueva empresa en forma automática y comunica los cambios al Poder Judicial.

Para ingresar al RENOA debe dirigirse al juzgado con su abogado y solicitar la pensión. La resolución del juez será comunicada al BPS para su ingreso automático al RENOA.

Las pensiones alimenticias decretadas antes de 2017, que aún no forman parte del RENOA, pueden ingresar concurriendo al juzgado para obtener la resolución correspondiente.

Todas las modificaciones, altas y ceses de pensiones alimenticias deben ser también solicitadas en el juzgado.

Para que la pensión pueda llegar a sus beneficiarios el oficio judicial que llega al BPS debe contener: Nombres, apellidos, cédula de identidad y domicilio de los

³⁶ *Idem.*

beneficiarios, obligados alimentarios y administradores, monto de la pensión alimenticia decretada y homologada, forma de pago (número de cuenta bancaria, red de cobranza o similar), Importante.

BPS comunica la resolución, recibida del Poder Judicial, a cada empresa donde el obligado esté registrado como trabajador, titular o socio. Si el trabajador cambia de empresa, no es necesario hacer un nuevo trámite.

La empresa es solidariamente responsable una vez notificada de su obligación de retener y pagar la pensión alimenticia a la persona administradora.

BPS solo es responsable de pagar las retenciones sobre las prestaciones de activos (ej.: subsidio por desempleo, subsidio por enfermedad) y de pasivos (jubilaciones y pensiones) que brinde el organismo.

Es interesante observar como en el caso de este país se considera al Registro como una forma de protección social e inclusive según estadísticas de Uruguay, muestran que una cantidad significativa de niños, niñas y adolescentes reciben las pensiones alimenticias de forma ininterrumpida, sin necesidad que las personas administradoras tengan que realizar trámite alguno³⁷. Lo que implica que el objetivo preventivo de la Institución se ha cumplido.

IV. PONDERACIÓN DE DERECHOS

1. *El derecho a recibir una pensión alimenticia y el derecho a escalar*

Se ha reiterado que el derecho a los alimentos es un derecho humano fundamental protegido nacional e internacionalmente, sin embargo, también se ha hablado del derecho a acceder al escalafón en igualdad de condiciones, lo que nos lleva al derecho al trabajo y, por ende, al ejercicio libre de la profesión.

Considerar ambos derechos de forma individual implica que en primera instancia su conexión resulta lejana, sin embargo, para los fines de esta tesina es preciso ponderar ambos derechos humanos y vislumbrar la trascendencia mutua en el momento mismo en que bifurcan.

Hablar de una ponderación de derechos implica entonces aplicar la normatividad vigente y, por ende, confrontar los principios jurídicos para que el Juzgador sopesa la trascendencia de cada uno y la inmersión mutua de estos. Nos encontramos entonces con disposiciones con relaciones lejanas o bien, incompatibles entre sí, *prima facie*.

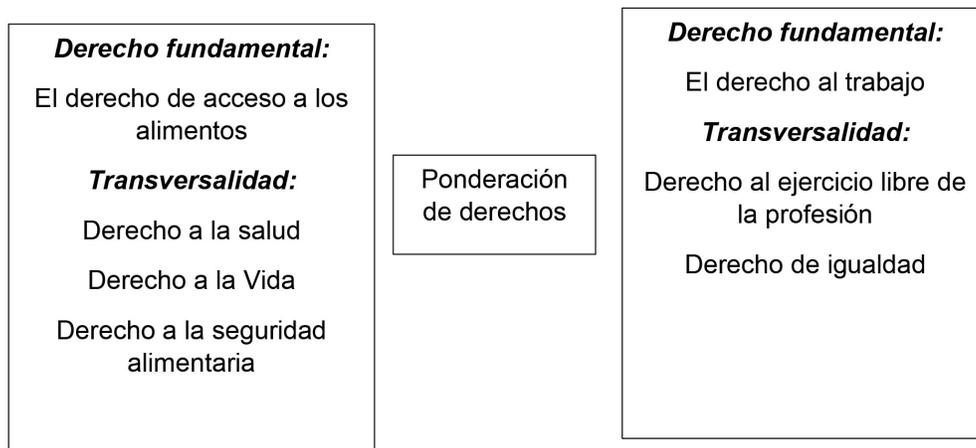
³⁷ Santos, Silvia, *Registro de Obligados Alimentarios (RENOA), Una forma de Protección Social*, <https://www.bps.gub.uy/bps/file/17741/1/69.-registros-de-obligados-alimentarios-renoa.-s.-santos.pdf>, fecha de consulta 08 de mayo 2024.

Entendemos entonces que, la ponderación de derechos implica sopesar dos derechos aparentemente incompatibles para dilucidar la supremacía de uno sobre otro y poder dar solución al caso concreto.

Asimismo, la ponderación de derechos implica una estructura específica cuyos elementos se engloban en estas tres consideraciones³⁸:

1. La ley de la ponderación obedece al principio: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”;
2. La fórmula del peso: Se mide el peso en abstracto de cada uno de los principios y luego con las particularidades del caso concreto;
3. Las cargas de argumentación: Operan cuando existe un empate entre los valores de la aplicación de la fórmula del peso.

Al respecto es diáfano que en el tema que nos ocupa la ponderación de derechos deriva por un lado del derecho a acceder a la prestación de los alimentos y, por otro lado, el derecho a acceder a un mejor nivel de vida a través del acceso a un nombramiento en un grado mayor del que se tenía en el servicio público, por lo que la ponderación de derechos es de la siguiente forma³⁹:



En el cuadro que antecede se puede apreciar claramente la ponderación de derechos en la cual se realizará un juicio⁴⁰ a efecto de determinar el derecho que debe ser primordialmente protegido.

³⁸ Vergara López, Carmen, *Ponderación entre Derechos fundamentales*, SCJN, México, [chrome-extension://efaid-nbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/195carmen-vergara-lopez.pdf](https://efaid-nbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/195carmen-vergara-lopez.pdf), fecha de consulta 08 de mayo 2024.

³⁹ El cuadro inserto es propio.

⁴⁰ Witker Velázquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio, *Metodología Jurídica*, 2ª. ed., México, UNAM, Mc Graw Hill, 2003, p. 21.

A. Test de proporcionalidad

Según lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)⁴¹,

El test de proporcionalidad es una herramienta metodológica de interpretación que tiene sus orígenes en Alemania y que ha sido incorporada y adaptada en distintos tribunales constitucionales alrededor del mundo. La misma es utilizada para resolver conflictos entre principios contando con cuatro gradas (finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Aunque algunos ordenamientos jurídicos han optado por visiones más flexibles, lo cierto es que esta perspectiva estructurada detenta un carácter más pedagógico y exige un mayor esfuerzo argumentativo por parte de los juzgadores. En México, el test de proporcionalidad se ha incorporado en la práctica constitucional de la SCJN y, desde entonces, se ha convertido en un tema de interés por parte de los estudiosos de derecho constitucional en nuestro país. No obstante, todavía no existe consenso sobre la manera correcta de usar esta herramienta. Incluso el máximo tribunal constitucional ha aplicado el test de proporcionalidad de manera discrecional; en algunas ocasiones, confundiendo la estructura del test y, en otras, mezclando el contenido de los subprincipios que lo integran.

Una vez que ha quedado claro el concepto de test de proporcionalidad, así como su finalidad analicemos el caso en concreto para dilucidar si es aplicable y si es pertinente la aplicabilidad de impedir el acceso al escalafón a los trabajadores al servicio del Estado que sean deudores alimentarios morosos.

Pues bien, en el caso concreto el test de proporcionalidad cuenta con 4 gradas y se divide de la siguiente forma:

Primero. Proporcionalidad en sentido estricto: Consideramos que la medida es proporcional en relación con que es una medida preventiva, pues no es un impedimento absoluto siempre y cuando se encuentren el supuesto de estar al corriente con sus obligaciones alimentarias, mientras que, por el otro lado, la afectación de no cumplir con estas si pudiera causar un daño absoluto;

Segundo. Necesidad de implementar la medida: La medida de impedir el acceso al escalafón cumple con lo establecido en la constitución sobre la prelación para quienes sean

⁴¹ González Carballo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén, *Test de Proporcionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, México, 2021, chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/202202/05_La%20finalidad%20legi%CC%81tima%20en%20el%20test%20de%20proporcionalidad%20y%20en%20la%20Suprema%20Corte%20de%20Justicia%20de%20la%20Nacio%CC%81n.pdf, fecha de consulta 08 de mayo 2024.

el único ingreso familiar, sobre otros servidores públicos que no tengan esta característica y pretendan acceder a escalafonar, así como cumple con el objetivo de garantizar el pago de alimentos pues incentiva a cumplir con sus obligaciones previamente a la convocatoria de ascenso.

Tercera. Idoneidad: La medida de establecer como factor escalafonario el no estar inscrito en el Registro de deudores alimentarios morosos es una medida necesaria e idónea pues tiene una relación efectiva para lograr el fin por el cual es determinada, que es prevenir el incumplimiento del pago de alimentos.

Cuarto. Fin legítimo: Esta grada se cumplimenta pues el fin legítimo es el derecho a los alimentos, un fin constitucionalmente tutelado.

De la lectura previa se vislumbra que en efecto se cumplen con las 4 gradas contempladas en el test de proporcionalidad, lo que la establece como una medida ideal para prevenir el incumplimiento del pago de alimentos.

B. La implementación del factor de no estar inscrito en el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias para poder escalafonar

Es importante establecer que el espíritu primordial de la norma indica que el objetivo es la protección más amplia de la familia y por ende la protección a sus miembros.

De la interpretación conjunta de los Artículos 38, fracción VII, párrafo III y 123, apartado B, fracción VIII de la CPEUM es evidente que el objetivo es la protección del núcleo de la sociedad a través de la prevención del incumplimiento del pago de la pensión alimenticia, por lo que resulta lógico que se establezca como factor escalafonario el no ser deudor alimentario moroso.

2. Propuesta de la Reforma al Artículo 50, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional

La propuesta en concreto que pretende establecerse es una reforma al Artículo 50 de la Ley Federal de los trabajadores al Servicio del Estado para agregar una fracción V, en los factores escalafonarios y poder así cumplir con el objetivo de prevención del incumplimiento de obligaciones alimentarias y ofrecer la mayor protección al núcleo familiar. Para quedar de la siguiente forma:

<p><i>TEXTO ACTUAL DE LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO</i></p> <p>Artículo 50.- Son factores escalafonarios:</p> <p>I.- Los conocimientos.</p> <p>II.- La aptitud.</p> <p>III.- La antigüedad, y</p> <p>IV.- La disciplina y puntualidad.</p>	<p><i>TEXTO ACTUAL DE LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO</i></p> <p>Artículo 50.- Son factores escalafonarios:</p> <p>I.- Los conocimientos.</p> <p>II.- La aptitud.</p> <p>III.- La antigüedad, y</p> <p>IV.- La disciplina y puntualidad.</p> <p>V.- <i>No ser deudor alimentario moroso.</i></p>
--	--

Lo anterior, permitiría que se vislumbre de forma adecuada el espíritu de la norma y, por ende, se proporcione la protección más amplia al respecto.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. Los alimentos desde la perspectiva de la sociología se identifican como aquella ingesta de comida, y los efectos sociales o consecuencias ante la sociedad por una nula alimentación y sobre todo correcta, pues diversos factores de esta disciplina se abocan a la deficiente educación alimentaria, pues es evidente que, al tener una mala o incorrecta ingesta, repercute en su desarrollo de la familia y en el impacto de los miembros de esta. Máxime que, la compensación se visualiza como aquella indemnización que compagina con lo legal, donde brinda una retribución (no precisamente económica sino material en general), con la finalidad de realizar una balanza justa y apropiada para aquella persona que fue desequilibrada en su patrimonio por contribuir en mayor medida a los cuidados del mantenimiento del hogar y de los integrantes.

SEGUNDA. La conceptualización de los alimentos se amplía y enfoca a brindar mayor claridad sobre qué son y cómo pueden ser conceptualizados, pues no solo es la ingesta que visualiza la sociología y sus efectos, sino aquellos elementos que cubren en su totalidad las necesidades mínimas para el desarrollo de los miembros de la familia; que engloban aquellas para un desarrollo físico, mental y profesional, a tal grado que, también nos otorga efectos, consecuencias y demás características para su debido cumplimiento.

TERCERA. El derecho de acceso a los alimentos es sumamente importante pues es un derecho transversal que engloba, el derecho a la salud, la dignidad, la seguridad ali-

mentaria e inclusive la propia vida. Encuentra su vida en el vínculo jurídico y social de los integrantes de la familia.

CUARTA. Al momento de desentrañar el espíritu de la norma Constitucional es evidente que este pretende otorgar una protección amplia a la familia y que así, tiene como finalidad la prevención del incumplimiento de pago de pensión alimenticia.

QUINTA. El test de proporcionalidad es una herramienta que jurídicamente nos ayuda a entender si una medida es idónea o no para ser aplicada, en ese sentido, resulta viable la aplicación de esta medida pues de las 4 gradas se desprende que agregar la no inscripción como factor escalafonario resulta conveniente al momento de ponderar el derecho de acceso a la igualdad de trabajo y al acceso a los alimentos.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ARZATE SALGADO, Jorge, *La construcción social de la alimentación: una reflexión sociológica*, Cofactor, UAEM, 2018.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Porrúa, 1993.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *La triple dimensión en las obligaciones alimentarias en México*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados LXV Legislatura, mayo 2022, Documento de trabajo no. 375, <https://portalhcd.diputados.gob.mx/PortalWeb/Micrositios/169b91a8-1ae2-49cb-b5c7-dd144fda65d9.pdf>.
- CARDONA, Danilo, et al., *Derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria*, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), Guatemala, 2011, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29521.pdf>.
- DE PINA VARA, Rafael, *Derecho Civil mexicano, Familia*, 15ª. ed., México, Porrúa, 1986.
- DE SEBASTIÁN, Luis, *La solidaridad*, Barcelona, Ariel, 1996.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Familia*, México, Porrúa, 2008.
- FIX FIERRO, Héctor, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- GONZÁLEZ CARBALLO, Diana Beatriz y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Test de Proporcionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, México, 2021, https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documentos/202202/05_La%20finalidad%20legi%C8%91tima%20en%20el%20test%20de%20proporcionalidad%20y%20en%20la%20Suprema%20Corte%20de%20Justicia%20de%20la%20Nacio%CC%81n.pdf.
- GONZALEZ HIDALGO, Cristina y MARTÍNEZ FRANZONI, Juliana, "Pensiones alimentarias y protección social ante la pandemia en américa latina durante el 2020: oportunidades para superar la desconexión", *Revista Scielo*, Costa Rica, número 89, diciembre 2021.
- LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Sociología General y Jurídica*, México, IURE editores, 2008.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael, *Diccionario Jurídico General*, México, IURE editores, 2006, t. I.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, voz "Alimentos", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, UNAM, 2007, t. A-C.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Definición de Alimentos" en MARTÍNEZ MORALES, Rafael, *Diccionario Jurídico General*, México, IURE editores, 2006, t. I.

- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil mexicano, Derecho de familia*, 8ª. ed., México, Porrúa, 1993, t. II.
- SANTOS, Silvia, *Registro de Obligados Alimentarios (RENOA), Una forma de Protección Social*, [https:// www.bps.gub.uy/bps/file/17741/1/69.-registros-de-obligados-alimentarios-re-noa.-s.-santos.pdf](https://www.bps.gub.uy/bps/file/17741/1/69.-registros-de-obligados-alimentarios-re-noa.-s.-santos.pdf).
- SANZ PORRAS, J., *Aportaciones de la sociología al estudio de la nutrición humana*, 2008, <https://scielo.isciii.es/>.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 14ª. ed., México, Porrúa, 2011.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Alimentos, Temas Selectos de Derecho Familiar*, SCJN, México, septiembre, 2010, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/201610/TEMAS%20SELECTOS%20DE%20DERECHO%20FAMILIAR%2C%20SERIE%2C%20NÚM.1%20ALIMENTOS%2082537_0.pdf.
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *En México, los Índices de Divorcio van en aumento*, <https://www.gaceta.unam.mx/en-mexico-los-indices-de-divorcio-van-en-aumento/>, febrero 2023, UNAM, México.
- VARELA DE MOTTA, Maria Inés, *Obligación familiar de alimentos*, 2ª. ed., Fundación de Cultura Universitaria, 1998.
- WITKER VELÁZQUEZ, Jorge y LARIOS VELASCO, Rogelio, *Metodología Jurídica*, 2ª. ed., México, UNAM, Mc Graw Hill, 2003.
- ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2006.
2. Legislación
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.*
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.*
- Convención de los Derechos Niños.*
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del apartado B del Artículo 123 Constitucional.*

DERECHO AL ERROR FISCAL

Daniel CASTRO HERNÁNDEZ¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *¿Derecho al error?* III. *Incorporación del derecho al error (rectificación) en el Derecho Positivo Mexicano.* IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes de información.*

RESUMEN

Un error es algo equivocado o desacertado que puede ser una acción, un concepto o cosa que no se realizó de manera correcta, ya sea que actuemos por simple negligencia o con intención de producir un resultado buscado y el ámbito fiscal no es una excepción para cometer éste, es por ello que en la actualidad se plantea un reconocimiento a un Derecho al error, pero se requieren de determinados prerequisites y análisis, previos a su incorporación evaluando su congruencia y prudencia dentro del ordenamiento normativo fiscal, así como evaluar la complejidad de las normas, procedimientos y la asistencia de asesores fiscales, operando como factor a tener en cuenta al momento de valorar la culpabilidad del obligado tributario, por lo que valdría la pena analizar si esto también pudiera ser aplicable a otros casos.

PALABRAS CLAVE

Derecho Comparado. Derecho al error. Obligación fiscal. Culpabilidad.

ABSTRACT

An error is something wrong or misguided that can be an action, a concept or thing that was not done correctly, whether we act out of simple negligence or with the intention of producing a result and the tax field is no exception to commit this, that is why a recognition of a right to error is currently being proposed. However, certain prerequisites and analyses are required, prior to their incorporation, evaluating their congruence and prudence within the tax regulatory system, as well as evaluating the complexity of the rules, procedures, and the assistance of tax advisors, operating as a factor to be considered when assessing the guilt of the taxpayer, so it would be worth analyzing whether this could also be applicable to other cases.

KEY WORDS

Comparative Law. Right to Error. Tax obligation. Culpability.

¹ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Especialista en Derecho Fiscal por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de esta misma Universidad.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Comparado, en forma genérica permite medir las diferencias entre diversos sistemas y algunos sostienen sería este el momento en que es útil, al respecto Guillermo Floris Margadant² reconoce existen una serie de elementos que a través de este Derecho Comparado se conocerán, como es la esencia del mismo Derecho interno, así como la forma de mejorarlo, entre algunos otros elementos que pudieran estar a discusión. En este sentido, a pesar de lo que pudiera decirse, esta disciplina nos invita a una reflexión basada en la comparación específica a determinado problema, siendo aquella distinción; la que permite definir cuando estamos en presencia del denominado Derecho Comparado o en ideas de Gustav Radbruch sobre el tema, conocer que “(...) *la ciencia del Derecho comparado recae sobre la yuxtaposición de los diferentes órdenes jurídicos nacionales...*”,³ desembocando en una historia universal del Derecho y permitiéndonos abundar en un aspecto descriptivo del Derecho.

En el Derecho español, estudiado de forma comparada, el derecho al error fiscal o tributario fue tomado a discusión en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia del 28 de noviembre de 2023, mediante su Sala de lo Contencioso - Sección: 4, en el ES: TSJGAL:2023:7835. Este concepto, originado en el Derecho francés en 2018 y posteriormente mencionado en el Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria de 2022 en España y retomado en 2023, en la actualidad se propone como una novedosa aproximación a la gestión de los errores cometidos por los contribuyentes en sus declaraciones y autoliquidaciones, quizás debiendo entrar en estudio dentro de otros sistemas jurídicos como el de México.

II. ¿DERECHO AL ERROR?

Como hemos manifestado el derecho al error fue introducido por el parlamento francés al aprobar la Ley núm. 2018-727, de 10 de agosto de 2018, sobre “Un Estado al servicio de una sociedad de confianza” (*Loi pour un État au service d’une société de confiance*). Dicha norma, según Gérald Darmanin, ministro en ese momento de Acción y Cuentas Públicas, parte de dos pilares fundamentales. Por una parte, la introducción de un derecho a cometer errores para todos, con el objetivo de transitar hacia una Administración de consejo y servicio. De otro, la simplificación, en profundidad, de los procedimientos, impulsando, a su vez, mecanismos de control de la actuación administrativa.

² Véase Margadant, Guillermo Floris, *Los sistemas jurídicos contemporáneos; antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996, p. 240.

³ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 189.

En todo caso, podemos observar que este derecho no era exclusivo de la materia tributaria o fiscal, pues, de un lado, permitía la incorporación del derecho a la fijación definitiva de la posición administrativa, así como la introducción de medidas con carácter experimental, sujetas a evaluación de resultados y control posterior, todo esto atendiendo a las mejores prácticas que como en México la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente ha divulgado en algunos criterios⁴.

En este sentido el derecho al error, tal y como fue sugerido por el Consejo para la Defensa del Contribuyente (CDC), siguiendo al parlamento francés en la “Propuesta sobre la incorporación del derecho al error al ordenamiento tributario español 3/2002”⁵, reconoce no un verdadero “derecho al error”, sino a corregirlo o de rectificación, aplicable una vez para el mismo error, ya sea que fuera cometido de forma espontánea o a través de un requerimiento administrativo y dentro del plazo que se le haya indicado, incluso cuando se esté siendo objeto de una comprobación o investigación tributaria, por tanto, se define como un “mecanismo dirigido a facilitar la regularización voluntaria, excluyendo o mitigando las consecuencias del incumplimiento”⁶.

Lo anterior, fundamentándose en el régimen generalizado de autoliquidaciones como obligación de los contribuyentes al que debe corresponder un derecho que afecte al régimen sancionador, pues, aún y cuando exista información y asistencia, el contribuyente está sujeto a tener una posición contraria a la autoridad donde no esté actuando de mala fe, si no que la mecánica de sus operaciones y la complejidad de aplicar la Ley lo coloquen dentro de un estado en el que está sujeto a interpretar la normatividad de forma distinta

⁴ Por ejemplo, el siguiente criterio sustantivo número 15/2013/CTN/CS-SPDC (aprobado 4ta. Sesión Ordinaria 12/04/2013) de rubro y texto siguientes:

MEJORES PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS. SU CONCEPTO. La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente como ombudsman del pagador de impuestos propugna por el reconocimiento del derecho a las mejores prácticas que constituyen la buena administración. Este derecho ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales y su tutela está a cargo, entre otros, de los Defensores de Derechos Fundamentales, quienes tienen como uno de sus propósitos básicos fomentar y recomendar la adopción de las mejores prácticas por parte de las autoridades. El concepto de mejores prácticas obedece a que las autoridades recaudadoras deben fomentar relaciones de confianza con los contribuyentes, pues sólo a través del establecimiento de una mejor cooperación basada en la confianza y buena fe entre la Administración Tributaria y los pagadores de impuestos, se podrá asegurar una mayor transparencia en la relación pueblo – gobierno, garantizando que las autoridades fiscales preserven una aproximación y procuren una relación de servicio con los contribuyentes, propiciando así el cumplimiento de sus obligaciones.

⁵ Véase “Propuesta sobre la incorporación del derecho al error al ordenamiento tributario español 3/2002”, presentada por el Consejo para la Defensa del Contribuyente, perteneciente al Ministerio de Hacienda y Función Pública adscrita a la Secretaría de Estado de Hacienda, disponible en el siguiente enlace: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabSEHacienda/CDC/Propuestas%20e%20informes/2022-3-Propuesta-DerechoalError.pdf>.

⁶ *Idem*, p. 4.

a lo que la autoridad considera, por lo que, al configurarse el “derecho al error” debe existir una delimitación de la potestad sancionadora, pues, dada la subjetivación del sistema tributario, mediante la cual se crea una “obligación de regularización”, so pena de recibir una sanción, el contribuyente, en principio, debe tener una forma de atenuar la misma cuando no existió intención de cometer un error sin que ello resulte aplicable a reincidentes o defraudadores, ni como un derecho a incumplir obligaciones tributarias de forma tardía.

1. *Presupuestos previos de la incorporación de un derecho a rectificar los errores en el caso español*

En primer lugar, la incorporación de un derecho a rectificar los errores exige que, con carácter previo, definamos sus presupuestos, para ello, en el caso español en el proyecto de referencia se planteó lo siguiente:

- Definir qué tipo de errores deben incorporarse en este tipo de derecho, así como valorar si, a estos efectos, si la conducta del contribuyente influye en el mismo, sea que fuera dolosa o meramente negligente o si será indiferente la buena o mala fe del contribuyente;
- Establecer los límites de los errores que pueden encajar dentro del hipotético derecho con la mayor claridad posible, sin litigiosidad añadida;
- Precisar los ámbitos cuantitativo y temporal del derecho al error con el fin de delimitar el número de errores que se admiten y cuándo se cancelan los “antecedentes” generados por aquéllos;
- Este error no puede suponer una reducción de la cuota tributaria, pues, únicamente puede afectar a recargos, intereses y sanciones;
- Exige una regulación completa en la Ley;
- Plantearse si el derecho al error no sólo se reconoce a los contribuyentes sino también, de modo añadido, a los asesores o intermediarios fiscales;
- Definir cuál es el instrumento normativo necesario para la incorporación del derecho al error;
- Para el caso de otras legislaciones ajenas a la española, incorporaría analizar las medidas existentes del ordenamiento jurídico dirigidas a facilitar e incentivar el cumplimiento voluntario e incluso previamente estudiar el sistema de sanciones.

2. Propuesta de incorporación de un derecho a rectificar errores en España

En el caso español, se permitieron analizar aquellos aspectos del Derecho francés que aportarían alguna novedad a su incorporación dentro de su ordenamiento jurídico, para ello a diferencia de España, en el Derecho francés se permite una regularización del error tras requerimiento de la Administración⁷, así como una medida general, como es el derecho a solicitar una comprobación para que se emita criterio, que va en la misma línea preventiva que desarrolla la Administración tributaria y, medidas específicas como son la exención de la totalidad de la deuda en varios casos. De otro lado, la reducción del interés de demora, siempre que no haya dolo. Por lo que, en la propuesta varias veces referida se propone lo siguiente:

- Plantear que la exención en los intereses de demora debería estar claramente definida con base a la ausencia de dolo;
- Pensar en admitir rectificaciones de errores no dolosos tras requerimiento de la Administración;
- Definirse cuántos errores se admiten, por impuesto y en cuánto tiempo;
- Tomar en consideración el historial del contribuyente a la hora de valorar su responsabilidad;
- Intensificar las actuaciones preventivas que permiten y facilitan la regularización voluntaria;
- Para el caso español existe una función preventiva, a través de los Códigos de Buenas Prácticas Tributarias, a través del instrumento que define el modelo español de cumplimiento cooperativo, como es el Informe de Transparencia, cuando éste se encuentra correctamente elaborado y brinda toda la información precisa, quizás valdría la pena un análisis particular en cómo funcionan, pues también se excluye cierto tipo de contribuyentes, pero influyendo también dentro del aspecto sancionador;
- La incorporación del derecho a rectificar el error debe ser a través de una reforma de la Ley General Tributaria.

⁷ Ley N° 2018-727 de 10 de agosto de 2018 para un Estado al servicio de una sociedad de confianza; "Art. L. 123-1.- La persona que haya incumplido por primera vez una norma aplicable a su situación o que haya incurrido en un error material al informarle de su situación, no podrá ser objeto de una sanción pecuniaria o de una sanción consistente en la privación de la totalidad o parte de una prestación debida, si ha regularizado su situación por iniciativa propia o después de haber sido invitada a hacerlo por la administración en el ámbito del plazo indicado por el solicitante." (Traducción realizada por el autor de este trabajo).

3. Resolución: 709/2023 dictada por el Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia en conjunto con lo hasta aquí señalado sobre el Derecho a la rectificación amplía su aplicación, sugiriendo este derecho debería considerarse incluso en situaciones donde previamente se haya requerido acción por parte de la Administración y donde pueda haber indicios de negligencia, inclusive reconoce que no todo incumplimiento tributario necesariamente deba sancionarse, pues, junto a la acción o conducta infractora (elemento objetivo) debe concurrir el elemento subjetivo (culpabilidad), la cual no debe presumirse aún y cuando medie el error. Para ello vale la pena citar lo siguiente:

El actor aceptó la regularización practicada y firmó de conformidad con ella. Pero esta actuación no equivale a una aceptación de la culpabilidad de su conducta, ni por tanto que merezca un reproche sancionador pues junto a la acción o conducta infractora (elemento objetivo) debe concurrir el elemento subjetivo (culpabilidad). No es la inexistencia de ocultación, tal como se refleja en el acta de conformidad, la que pueda eliminar todo atisbo de culpabilidad en la conducta del actor, pues la ausencia de ocultación determinaría tan solo, en casos como el presente, la calificación de la conducta como más grave. Pero sí el resto de las circunstancias concurrentes, que acarreen serias dudas sobre el elemento subjetivo de la conducta infractora, dudas que en materia sancionadora se debe despejar a favor del sancionado.

...

La aceptación de este tipo de argumentos equivaldría a sancionar comportamientos por el solo hecho de implicar un incumplimiento de las normas, y un incumplimiento de las obligaciones fiscales. En materia sancionadora se exige algo más, la existencia del elemento subjetivo sancionador. Y en el presente caso existen datos que permiten dudar del ánimo o voluntariedad infractora en el comportamiento del recurrente, y no solo por el hecho de que en el seno del procedimiento tributario se levantaron actas de conformidad, sino por la complejidad de las operaciones ejecutadas, pues, aunque la norma fiscal sea clara en cuanto a la imputación temporal de las ganancias, el propio abogado del Estado admite “quizás podría haber cierta discusión” en el marco de la cuantificación de la ganancia. Y si esa discusión no ha impedido practicar la regularización —aceptada por el obligado tributario—, sí ha de servir como un elemento que diluye el elemento subjetivo de su conducta. La máxima según la cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento

(Artículo 6.1 Código civil), que cita el abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, es plenamente operativa a efectos de practicar una regularización tributaria que implique el cumplimiento de la norma fiscal. Cuestión distinta es que esa actuación merezca un reproche sancionador. Y es que el análisis de este aspecto debe de hacerse bajo los principios que rigen en el ejercicio de la potestad sancionadora, entre los que aquí destaca el principio de culpabilidad invocado por la parte recurrente.

A reglón seguido el abogado del Estado admite la complejidad de las operaciones en las que ha participado el actor, pero resta importancia a este dato en base a que el obligado tributario ha contado con asistencia de representantes y colaboradores, según dice desprenderse de la autoliquidación del IRPF del ejercicio 2014. Con estos argumentos pretende responder a las alegaciones que hace la parte actora en su escrito de demanda, alegando que sus conocimientos tributarios son limitados. Ello entronca con lo que se conoce como “derecho al error” (*el droit à l’erreur* del derecho francés), que no ha pasado desapercibido para el Consejo para la Defensa del Contribuyente en la “Propuesta 3/2022, sobre la incorporación del derecho al error al Ordenamiento tributario español”, sobre todo teniendo en cuenta la generalización del régimen de autoliquidaciones como expresión del traspaso de la responsabilidad de aplicación de los tributos de la Administración, según señala el Consejo. Y aunque esa propuesta todavía no ha tenido reflejo en la LGT, quizá se haya iniciado un camino que conduzca a evitar sanciones por incumplimientos involuntarios de las normas fiscales.

Con lo que se acaba de decir, se quiere llamar la atención de que la complejidad de las normas y de los procedimientos, al que quedaría vinculada la regulación de aquel derecho, opera como factor a tener en cuenta a la hora de valorar la culpabilidad del obligado tributario; y al mismo tiempo llamar la atención de que el necesario análisis del elemento de culpabilidad no desaparece, sino que se mantiene en toda su extensión, cuando el obligado tributario cuenta con la asistencia de asesores en las gestiones de naturaleza fiscal⁸.

Este enfoque subraya la importancia de considerar la complejidad de las normas, procedimientos y la posible asistencia de asesores fiscales, al que quedaría vinculada la

⁸ Véase Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia del 28 de noviembre de 2023, mediante su Sala de lo Contencioso - Sección: 4, en el ES:TSJGAL:2023:7835, Nº de Recurso: 15081/2023, Nº de Resolución: 709/2023, Ponente: María Dolores Rivera Frade, pp.3-4, visible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6970808da2a1f21da0a8778d75e36f0d/20231219>.

regulación de aquel derecho, operando como factor a tener en cuenta a la hora de valorar la culpabilidad del obligado tributario, lo que no significa que quede eximido el contribuyente de responsabilidad, pero sí influyen en la evaluación de su culpabilidad, por lo que valdría la pena analizar si esto también podría ser aplicable para aquellos casos de legítimo error al cumplir con las obligaciones fiscales y no sólo como una eximente que parta de la imposición de multas por cumplimiento voluntario como en el presente caso específico que se analizó.

III. INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL ERROR (RECTIFICACIÓN) EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Es conocido que el error, en diversas materias legales, puede serlo de hecho o de derecho así como que, en cualquier de los casos aludidos, puede resultar vencible o invencible, produciendo la invalidez del acto jurídico cuando recaiga sobre sus elementos esenciales (esencial o determinante), distinto de aquellos que vicia la voluntad como son el error accidental que se clasifica en dos: el error en *quantitate* (error de cálculo o aritmético) que se refiere sólo a una cantidad de cosas y da lugar a su rectificación y el error en *qualitate* que recae sobre las cualidades secundarias o no substanciales del objeto o del sujeto que interviene en el acto⁹.

En estas líneas el Código Civil Federal en su Artículo 21 contempla que, por un lado, “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento...”; y, adicionalmente las consecuencias de un error de derecho han de ser determinadas por la legislación vigente tomando en consideración determinadas situaciones, con lo que podríamos pensar ello no implica mandato legal alguno ni, cabe una sanción jurídica en caso de incumplimiento de forma precisa. Sobre el tema, el TSJ de Galicia emitió su fallo considerando que la máxima según la cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, es plenamente operativa a efectos de practicar una regularización tributaria que implique el cumplimiento de la norma fiscal. Entonces lo que resulta distinto es que esa actuación merezca un reproche sancionador, cuyo análisis debe de hacerse bajo los principios que rigen en el ejercicio de la potestad sancionadora, entre los que destacó el principio de culpabilidad invocado.

En nuestro Derecho Positivo Mexicano, en específico en el ámbito fiscal se contempla diversas regulaciones y supuestos para que una autorregulación no tenga sanciones, sin embargo, este Derecho al error va más a una condonación o reducción reguladas en diversos ordenamientos o el reconocimiento de ciertos derechos mínimos como son los

⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 27ª. ed., México, Porrúa, 2012, pp. 230-231.

contemplados en el Código Fiscal de la Federación, Resolución Miscelánea Fiscal o la propia Ley Federal de los Derechos del Contribuyente. Por ello, es claro que aún y cuando existan tales procedimientos la consecuencia de ser sancionado se acciona, pues, con los riesgos que implica aceptar un error nos llevaría a que la autoridad hacendaria pudiera considerar imponer una sanción, sumado a que nuestra legislación fiscal lejos de premiar conductas positivas de los contribuyentes que pudieran tener una opinión positiva o estar al corriente de sus obligaciones fiscales, solamente parece sancionar aquellas que no lo son y con mayor razón el aceptar un error por negligencia sea sancionado, alejándonos de la intencionalidad o no que el contribuyente pudiera tener al momento de cumplir sus obligaciones fiscales.

Es por eso la viabilidad de este derecho sea que exista un mecanismo dentro del marco legal que dote de la posibilidad de corregir las declaraciones o autocorregirse dentro de facultades de comprobación sin que se actualizase la aplicación de sanciones e incluso, analizar si esto también pudiera ser aplicable para aquellos casos de legítimo error al cumplir con las obligaciones fiscales. No omitimos señalar que, es común existan conflictos de interpretación sobre las diversas leyes fiscales y su forma en que deben cumplirse dada su complejidad, aún y cuando exista cierta información o asesoramiento, ello no evita que existan diversas interpretaciones, más aún, si retomamos este elemento de culpabilidad la conducta del contribuyente no se justifica bajo una interpretación razonable de la ley que eliminaría la posibilidad de ser sancionado, lo que deriva en que el contribuyente entre varias interpretaciones escogió la que considera razonable y, sin embargo, la autoridad pudiera no estimarla así, por lo que la interpretación que se estime razonable quedaría a vislumbrarse ante los tribunales componentes, siendo estos los que determinen el camino a elegir y, en este caso, dicho derecho intervenga como un principio orientador entre la culpabilidad y la interpretación razonable de la norma. En suma, este derecho al error serviría al tribunal para aminorar las sanciones que el contribuyente pudiera causar en caso de no ser favorable la decisión final, pero en todo caso será necesario establecer estándares mínimos para evaluar el comportamiento del contribuyente con un reconocimiento mínimo de negligencia, la interpretación razonable de la norma y considerar la complejidad del sistema fiscal, pues, en todo caso también cabría lugar a que los contribuyentes se les reconozca que tienen un derecho a tributar de una forma distinta a lo que la autoridad hacendaria considera atendiendo a diversos factores.

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, vale la pena considerar un debate sobre el derecho al error en el ámbito fiscal, el cual, plenamente pudiera ser congruente con el sistema normativo fiscal mexicano dada la complejidad de este, donde lejos de necesitar más leyes que no cumplen los fines para los que fueron creados y cuya incompatibilidad sólo hacen más complejo entender el ordenamiento normativo tributario alejándonos de lo prudente entre la exigencia de cumplir con la ley y la comprensión de esta, mediante el cual se refleja la dificultad de cumplir que en nada beneficia a ningún receptor normativo o quien interviene en su aplicación.

En esta línea argumentativa, es claro que habría que analizar los prerequisites mínimos y lo que se tiene hasta el momento en el ámbito normativo, sin embargo, podría servir de pauta para mejorar la relación fisco-contribuyente mediante un sistema más flexible. Por lo que en el caso que nos ocupa, como algunos puntos a considerar debemos enfatizar lo siguiente:

- i. Conceptualizar qué tipo de errores deben incorporarse en este tipo de derecho;
- ii. Analizar el concepto de culpabilidad;
- iii. Establecer los límites de los errores con el ánimo de precisar los ámbitos cuantitativo y temporal;
- iv. En su caso analizar y/o ponderar el peso específico de los contribuyentes que han cumplido sus obligaciones fiscales de forma positiva y si esto pudiera tener una repercusión positiva;
- v. Dejar en claro que este error no supone una reducción de la cuota tributaria, pues, únicamente puede afectar a recargos, intereses y sanciones;
- vi. Exige una regulación completa en la Ley, en nuestro caso específico, sería dentro del Código Fiscal de la Federación;
- vii. Plantearse las modalidades en que este derecho pudiera afectar a los asesores o intermediarios fiscales;
- viii. Definir cuál es el instrumento normativo necesario para la incorporación del derecho al error;
- ix. Analizar las medidas existentes en el ordenamiento jurídico dirigidas a facilitar e incentivar el cumplimiento voluntario;
- x. Estudiar el sistema de sanciones a modo de que este derecho sea congruente con este;

- xi. Pensar en admitir rectificaciones de errores no dolosos tras requerimiento de la Administración, así como analizar los casos específicos en los que el contribuyente decida autocorregirse;
- xii. Analizar si esto también pudiera ser aplicable para aquellos casos de legítimo error al cumplir con las obligaciones fiscales y no sólo sea aplicable dentro de la imposición de multas por cumplimiento voluntario;
- xiii. Analizar si las actuaciones preventivas con las que se cuentan permiten y facilitan la regularización voluntaria y, en qué modo, pudieran afectar la esfera jurídica tributaria de los contribuyentes, pues aún y cuando estas actuaciones se consideran no los afectan, en la realidad algunas de estas conductas que se identifican como sucede dentro de las cartas invitación, sí pueden dar origen a multas;
- xiv. Analizar si existe un instrumento real que garantice el cumplimiento cooperativo de los contribuyentes, estudiar cómo funcionan y cómo estos influyen dentro del aspecto sancionador.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 27ª ed., México, Porrúa, 2012, p. 788.

MARGADANT, Guillermo Floris, *Los sistemas jurídicos contemporáneos; antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996, p. 240.

PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *Criterios Normativos y Sustantivos emitidos por la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente; así como Criterios Obtenidos en Recurso de Revocación y Jurisdiccionales*, Segunda Sesión Ordinaria del Comité Técnico de Normatividad, celebrada el 05 de marzo de 2024, disponible en: <https://portal.prodecon.gob.mx/index.php/home/marco-normativo/criterios-normativos-sustantivos-jurisdiccionales/buscador-de-criterios>.

Propuesta sobre la incorporación del derecho al error al ordenamiento tributario español 3/2002, presentada por el Consejo para la Defensa del Contribuyente, perteneciente al Ministerio de Hacienda y Función Pública adscrita a la Secretaría de Estado de Hacienda, disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/Gab-SEHacienda/CDC/Propuestas%20e%20informes/2022-3-Propuesta-DerechoalError.pdf>.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 189.

2. Legislación

Código Civil Federal, *Diario Oficial de la Federación*, Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada el 17 de enero de 2024.

Código Fiscal de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada el 12 de noviembre de 2021.

Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, *Diario Oficial de la Federación*, Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada el 23 de junio de 2005.

Ley núm. 2018-727, de 10 de agosto de 2018, sobre “*Un Estado al servicio de una sociedad de confianza*” (*Loi pour un État au service d’une société de confiance*), disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/8/10/CPAX1730519L/jo/texte>.

3. Resoluciones

Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia del 28 de noviembre de 2023, mediante su Sala de lo Contencioso — Sección: 4, en el ES: TSJGAL:2023:7835, Nº de Recurso: 15081/2023, Nº de Resolución: 709/2023, Ponente: María Dolores Rivera Frade, visible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6970808da2a1f-21da0a8778d75e36f0d/20231219>.

SENTENCIA DE NULIDAD COMO INSTRUMENTO VIOLATORIO DE LOS DERECHOS DE TRABAJADORES

Hugo Armando TENORIO HINOJOSA¹

SUMARIO

I. *Planteamiento*. II. *Conclusiones*. III. *Fuentes de información*.

RESUMEN

Los derechos sociales deben ser examinados en forma exhaustiva en todo momento, incluso cuando sus titulares no sean parte en los juicios, ni hablar de los juicios contencioso administrativos en el ámbito federal, los cuales, conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, deben apegarse a diversos principios, entre ellos el de verdad material, buscando que las resoluciones sean emitidas con el mayor apego a los hechos y circunstancias que reflejen la realidad del caso; es decir, respetar derechos de quienes intervienen incluso en forma indirecta.

PALABRAS CLAVE

Aportaciones. Amortizaciones. Crédito. Vivienda. Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. Juicio contencioso. Juicio de nulidad. Trabajadores. Seguridad social. Sentencia.

ABSTRACT

Social rights must be exhaustively examined at all times, even when their holders are not parties to the trials, not to mention contentious administrative trials at the federal level, which, in accordance with the Organic Law of the Federal Court of Administrative Justice, must adhere to various principles, among them that of material truth, seeking that the resolutions are issued with the greatest adherence to the facts and circumstances that reflect the reality of the case; that is, respect the rights of those who intervene even indirectly.

KEY WORDS

Contributions. Amortization. Credit. Living place. Institute of the National Housing Fund for Workers. Contentious trial. Nullity trial. Workers. Social Security. Judgment.

I. PLANTEAMIENTO

Hace poco mientras leía algunas cosas de internet, me topé con una frase que me dejó pensando “No hay peor tiranía que aquella que se ejerce a la sombra de las leyes”, frase

¹ Licenciado en Derecho, por el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey, Maestro en Derecho Fiscal, por la Universidad Regiomontana. Secretario de Acuerdos en la Segunda Sala Regional Noreste del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

que es atribuida a Charles-Louis de Secondat Montesquieu, lo que resaltó entre las ideas y casos vistos en los últimos tres años, relacionados a los procedimientos contencioso administrativos federales, en el entendido de tomarse en cuenta a quienes intervienen en los juicios directamente, como quienes tienen una participación indirecta, a fin de evitar lesiones en sus derechos.

¿A qué viene esto? pues un día me comentaron sobre una persona que después de casi 30 años de trabajar, obtuvo su pensión por jubilación ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), ya con tiempo para arreglar todos sus pendientes, acudió a revisar su situación ante el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), llevándose una gran sorpresa, casi diez años que su patrón no realizó ningún pago de las amortizaciones que le fueron descontando en sus comprobantes de pago de nómina, lo cual le traería como consecuencia un problema jurídico, tener que demandar a su ex patrón y esperar que tuviera los comprobantes para acreditar su derecho, pero más allá de eso, aquí el problema que visualicé, los patrones no cumplen con sus obligaciones de ley y dejan de lado a sus trabajadores; o bien, estos sujetos acudieron ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) a demandar las cédulas y éstas fueron declaradas nulas por algún motivo, por lo que al no tener una intervención en los juicios de nulidad o contenciosos administrativos federales, implicó un perjuicio a los trabajadores.

Así, hago referencia a aquellos asuntos previstos en la fracción II del Artículo 3o. de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en los que un organismo fiscal autónomo tiene intervención, como es el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, recordando que estos organismos deben revisar el cumplimiento de obligaciones patronales, respecto de todos y cada uno de sus trabajadores registrados, en el tema de aportaciones y amortizaciones.

La intención del presente trabajo no es aburrirlos con historia y conceptos, pero sí destacar los temas básicos relacionados, como el hecho que el Instituto Mexicano del Seguro Social tiene como finalidad garantizar el derecho a la salud, asistencia médica, protección de medios de subsistencia y servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, esto en su carácter de organismo fiscal autónomo, vigilando principalmente que se cubran las cuotas obrero patronales, en esencia por los patrones (como retenedores), ante la integración de las cuotas.

Situación similar tiene el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, también como un organismo fiscal autónomo, que busca administrar los recursos

del Fondo Nacional de la Vivienda, a fin de que opere adecuadamente el sistema de financiamiento para los trabajadores y éstos puedan obtener un crédito barato para adquirir una propiedad de habitación, incluyendo la posibilidad de construirlas, repararlas, ampliarlas o mejorar las mismas, o bien, pagar deudas contraídas por los rubros indicados; destacando en términos del Artículo 5o. de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que las aportaciones que hacen los patrones a las subcuentas de vivienda son patrimonio de los trabajadores.

Es importante resaltar que, no todas las controversias originadas ante dichos Institutos, son materia de competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, así, resalta el numeral 295² de la Ley del Seguro Social, pues como se ha indicado, los sujetos involucrados, patrones y trabajadores, crearan diferentes situaciones, por lo que aquellas controversias entre asegurados (trabajadores) o sus beneficiarios y el Instituto Mexicano del Seguro Social, relacionadas a las prestaciones, se tramitarán ante Tribunales de jurisdicción Federal en materia laboral; mientras que las controversias entre el Instituto y los patrones, serán materia ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa; en otras palabras, solo actos o controversias entre patrones y el Instituto Mexicano del Seguro Social serán revisados por el citado Tribunal.

En el caso de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, el Artículo 54³ también prevé que sólo los conflictos entre patrones y el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, serán materia de resolución por parte del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, hoy Tribunal Federal de Justicia Administrativa, siendo procedente la formulación previa del recurso de inconformidad, pero el patrón decidirá por dicha sede.

De esta forma, sólo los casos o discrepancias originadas entre los patrones y los Institutos, son susceptibles de ser revisados por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa; o bien, que deriven de sus recursos administrativos previos, sin que los trabajadores puedan acudir directamente al mencionado Tribunal, para ello habrá que seguirse un camino jurisdiccional diferente.

² Artículo 295. Las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto sobre las prestaciones que esta Ley otorga, deberán tramitarse ante los Tribunales Federales en materia laboral, en tanto que las que se presenten entre el Instituto y los patrones y demás sujetos obligados, se tramitarán ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

³ Artículo 54. Las controversias entre los patrones y el Instituto, una vez agotado, en su caso, el recurso de inconformidad se resolverá por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Será optativo para los patrones agotar el recurso de inconformidad o acudir directamente ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal.

No pasa inadvertido en esta relación, que el Artículo 3o. de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, disposición que regula las etapas o secuelas del juicio contencioso administrativo federal o juicio de nulidad, contempla que son partes, el *demandante*, particulares (personas físicas o morales) por lo regular que ven afectados sus derechos ante un acto de autoridad y que se rija por el diverso numeral 3o. de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; los *demandados*, la autoridad que dictó la resolución o acto impugnado, o en juicio de lesividad, el particular que se vio favorecido por una resolución, buscando la autoridad la modificación del acto o su nulidad; y *el tercero interesado*, aquella persona física o moral, que tenga un derecho incompatible con la pretensión del demandante; en lo personal, considero que este tercero, actuará como espejo a la de una autoridad, esto es, buscará que se reconozca la validez del acto o resolución, pues esa es la pretensión contraria o incompatible con la del demandante.

Considero necesario explicar lo anterior, pues conforme a la dinámica procesal de los juicios de nulidad, es importante que los trabajadores tengan mayor intervención, buscando eliminar la posibilidad de violación de sus derechos; es decir, deben ser llamados a juicio, y para que tengan conocimiento de aquellos casos y periodos que se decreta la nulidad de las cédulas; y así pueda exigir el debido pago de las aportaciones como de las amortizaciones de sus créditos a la vivienda de tipo personal.

Esta idea no es injustificada o nueva, me explico, en términos del *Reglamento del Recurso de Inconformidad*, derivado del numeral 294 de la Ley del Seguro Social, prevé como requisito del escrito del recurso de inconformidad, señalar el nombre del patrón y en su caso, el del sindicato de trabajadores (titular del contrato colectivo de trabajo), como el domicilio en que pueden ser notificados, más si consideramos que existen casos en que se pueden controvertir las modificaciones a los contratos; pero resaltando el Artículo 8o. del citado Reglamento⁴, en el entendido que si el promovente (patrón) plantea una negativa lisa y llana de la relación laboral con los trabajadores señalados en las cédulas de liquidación o capitales constitutivos, se debe ordenar el traslado al sindicato de trabajadores si existe, o bien notificar directamente a los trabajadores para hacer de conocimiento la interposición del recurso, pero particularmente el desconocimiento de la relación laboral.

⁴ Artículo 8o. En los casos en que el patrón, al momento de interponer el recurso, exprese como agravio la negativa lisa y llana de la relación laboral con aquellos trabajadores señalados en las cédulas de liquidación de cuotas obrero patronales o de capitales constitutivos materia del recurso, el Secretario del Consejo Consultivo Delegacional podrá ordenar correr traslado del mismo al sindicato de trabajadores titular del contrato colectivo de trabajo, para que manifieste lo que a su derecho corresponda. En caso de que los trabajadores no fueren sindicalizados, el traslado podrá realizarse directamente a éstos si se cuenta con algún domicilio para hacerlo de su conocimiento. En ambos supuestos se concederá un término de seis días hábiles contados a partir del día siguiente en que surta efectos la notificación para expresar lo que a su derecho convenga.

En el caso del recurso de inconformidad tramitado contra actos del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, es el *Reglamento de la Comisión de Inconformidades del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores*, el ordenamiento que regula tal situación, destacando que, ante la existencia de terceros interesados, y sean trabajadores sindicalizados, se deberá dar vista al sindicato titular del contrato colectivo o al administrador del contrato ley; en el caso de trabajadores no sindicalizados, se dará vista a todos y se requerirá la designación de un representante común, pues de no hacerlo, lo designará la Comisión resolutora, incluso, es requisito señalar el nombre y domicilio del tercero o terceros interesados, destacando nuevamente una situación de vulnerabilidad de los trabajadores ¿será éste el motivo por el cual los patrones no acuden a sede administrativa ante estos Institutos o habrá algo más?

De ahí que, si en sede administrativa es una obligación procesal, llamar al procedimiento a los trabajadores involucrados en los actos o resoluciones de autoridad ¿cuál sería la diferencia en los juicios de nulidad? Creo que ninguna e insisto, esto ayudaría bastante a evitar el menoscabo de los derechos de los trabajadores, sobre este tema, invoco la jurisprudencia sustentada por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, con número de registro IX-J-1aS-10 y de rubro “REGULARIZACIÓN DE PROCEDIMIENTO. PROCEDE ORDENARLO CUANDO LA SALA DE ORIGEN OMITIÓ CORROBORAR LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE QUIEN SE OSTENTA COMO REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES TERCEROS INTERESADOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”⁵, razonamiento que prevé la regularización de procedimiento contencioso, claro, sobre asuntos de reparto adicional de utilidades, esas cantidades a las cuales tienen derecho los trabajadores que laboraron al patrón en el ejercicio que se generaron, incluso si terminaron la relación de trabajo previo a la conclusión del ejercicio, entender lo contrario, implicaría limitar o trastocar la garantía de audiencia de los trabajadores; el punto es que debe observarse la correcta intervención de los trabajadores, considero es un tema muy similar en el tema de aportaciones y amortizaciones.

Tampoco se pasa inadvertido, que existen criterios aislados de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que establecen la posibilidad de llamar a los trabajadores como terceros en los juicios de nulidad, particularmente ante el desconocimiento de la relación de trabajo, el cual comparto, pero que en términos del numeral 79 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, no obliga a todos, criterio

⁵ Tesis IX-J-1aS-10, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, Novena Época, año II, núm. 13, enero 2023, p. 73.

VII-CASR-CEIII-3 "TERCEROS INTERESADOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CASO EN EL QUE SE NIEGA LA RELACIÓN LABORAL RESPECTO DE LOS TRABAJADORES POR LOS QUE SE DETERMINA LA CÉDULA DE LIQUIDACIÓN POR LA OMISIÓN TOTAL EN LA DETERMINACIÓN Y PAGO DE CUOTAS, EMITIDA POR EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL⁶", y no solo en los casos del Instituto Mexicano del Seguro Social, sino también del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, por su estrecha vinculación en el tema de seguridad social.

Existe un área de oportunidad sobre este tema para la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, pues si bien se ha citado una tesis aislada, también se advierte que, en la misma séptima época, otra Sala Regional estableció un criterio, pero en el tema de Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que se visualiza con el registro número VII-TASR-PE-4, de rubro "TERCEROS INTERESADOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. NO TIENEN ESE CARÁCTER, LOS TRABAJADORES RESPECTO DE LOS CUALES SE DETERMINA A CARGO DEL PATRÓN UN CRÉDITO FISCAL POR LA OMISIÓN EN EL PAGO DE APORTACIONES PATRONALES Y/O AMORTIZACIONES AL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES", razonamiento que establece que sobre el tema de vivienda, no es posible afirmar que los trabajadores tienen el carácter de terceros en juicio, al no beneficiar la validez del crédito, lo que como he invocado, en forma personal, es equivocado, pues se dejarían de cubrir los montos por los créditos otorgados, de ahí que si bien no es el tema de fondo, sí puede fijarse una postura sobre el tema en los términos del numeral 77 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Así, atendiendo que es el inicio del camino, pues en tanto no exista un criterio de jurisprudencia de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que obligue a su seguimiento en términos del numeral 79 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, o bien un razonamiento del Poder Judicial de la Federación en términos del numeral 217 de la Ley de Amparo, se continuará con la instrucción de los juicios acorde al criterio de cada uno de los Magistrados Instructores que revisen la legalidad de estos casos.

Retomando el tema que inició el presente trabajo, como son las facultades del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, con motivo de aportaciones y amortizaciones, se acude a la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los

⁶ Tesis VII-CASR-CEIII-3, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, Séptima Época, año V, núm. 46, mayo de 2015, p. 241.

Trabajadores, lo cual señala que el citado Instituto es un organismo fiscal autónomo de servicio social, cuyo objeto implica en esencia, que los trabajadores tengan habitación (vivienda), lo cual se concretiza a través de las aportaciones y las amortizaciones.

Las llamadas aportaciones, aquellas cantidades que están obligados a pagar los patrones, correspondiente al cinco por ciento sobre el salario de los trabajadores a su servicio, y que la fracción II del numeral 29 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, prevé que son gastos de previsión de las empresas y forman parte del patrimonio de los trabajadores, nuevamente una norma fija el derecho de los trabajadores; en términos del Reglamento de Inscripción, Pago de Aportaciones y Entero de Descuentos al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, el Artículo 2o. solo señala que es la cantidad equivalente al 5% sobre el salario base de aportación de los trabajadores; y que los patrones cubren al Instituto, obligándoles a pagarse, en tanto subsista la relación laboral y se presente el aviso de baja correspondiente, destacando esta obligación que más adelante se indicará la importancia de la misma, todo esto para que los trabajadores tengan cotizaciones y mejores oportunidades de créditos, dicho de otra forma, entre más cotizaciones, mejor o más alto será el crédito que el Instituto pueda otorgarles. En este punto, se hace referencia al trabajo presentado por Santiago Barajas Montes de Oca⁷, quien explica mejor el tema, en el sentido que el trabajador que obtenga un crédito a la vivienda estará garantizado en parte con las aportaciones patronales hechos a favor, a fin de reducir el saldo insoluto a su cargo, básicamente reducir la carga financiera, además que el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores tenga una garantía clara sobre los créditos otorgados, claro está, es de forma parcial, de ahí la importancia de esta figura.

En el caso de las amortizaciones, el Artículo 41 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, fija que los trabajadores recibirán un crédito por parte del Instituto, debiendo realizarse los pagos del capital e intereses correspondientes, tales pagos reciben el nombre de amortizaciones, o bien, en términos del Reglamento de Inscripción, Pago de Aportaciones y Entero de Descuentos al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, la fracción II del Artículo 2, señala que se entiende por "Descuento" aquella cantidad que retiene el patrón del salario base de aportación de uno de sus trabajadores y que enterará al Instituto para amortizar el crédito de vivienda.

Como se puede observar, ambas figuras implican una obligación más que clara para los patrones, retener las cantidades correspondientes del salario base de cotización (apor-

⁷ Barajas Montes de Oca, Santiago, "Reformas a la Ley del Fondo Nacional de la Vivienda", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 1, núm. 91, enero de 1998.

tación), como el descuento de aquellos trabajadores con los que tenga una relación laboral, y que hayan obtenido un crédito de vivienda, esto para que se cubra y en obvias consideraciones, disminuya su monto (amortización), todo suena tan lindo en la doctrina o en la teoría, pero no es así siempre en la práctica.

Si los patrones son cumplen sus diversas obligaciones, en obvias consideraciones, los trabajadores no tendrán problemas en sus aportaciones y amortizaciones correspondientes, puedo señalar que el debido cumplimiento de obligaciones también genera beneficios fiscales a los patrones, y es que la Ley del Impuesto Sobre la Renta en el Artículo 27, fracción V⁸, establece los conceptos permitidos como deducciones, destacando las cantidades por cumplimiento en disposiciones fiscales en materia de retención y entero de impuestos a cargo de terceros (patrones), respaldándose en comprobantes fiscales; siendo claro el segundo párrafo de dicha fracción, en destacar como deducciones, los pagos correspondientes a personas físicas, sueldos y salarios, como sus asimilados; pero destacando el tercer párrafo lo relativo al pago de aportaciones al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, siendo claro el beneficio fiscal de deducción sobre estos conceptos en el tema de Impuesto Sobre la Renta.

Así, surge la pregunta, ¿por qué un patrón niega las relaciones laborales? Si como se ha puntualizado, al ser cumplido en sus obligaciones, recibe beneficios fiscales, o ¿es que existe otro supuesto o motivo? Supongamos, el patrón, llámese persona física o persona moral, se da de alta ante los organismos fiscales autónomos, Instituto Mexicano del Seguro

⁸ [...] V. Cumplir con las obligaciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones fiscales en materia de retención y entero de impuestos a cargo de terceros o que, en su caso, se recabe de éstos copia de los documentos en que conste el pago de dichos impuestos. Tratándose de pagos al extranjero, éstos sólo se podrán deducir siempre que el contribuyente proporcione la información a que esté obligado en los términos del Artículo 76 de esta Ley. Los pagos que a la vez sean ingresos en los términos del Capítulo I del Título IV, de esta Ley, se podrán deducir siempre que las erogaciones por concepto de remuneración, las retenciones correspondientes y las deducciones del impuesto local por salarios y, en general, por la prestación de un servicio personal independiente, consten en comprobantes fiscales emitidos en términos del Código Fiscal de la Federación y se cumpla con las obligaciones a que se refiere el Artículo 99, fracciones I, II, III y V de la presente Ley, así como las disposiciones que, en su caso, regulen el subsidio para el empleo y los contribuyentes cumplan con la obligación de inscribir a los trabajadores en el Instituto Mexicano del Seguro Social cuando estén obligados a ello, en los términos de las leyes de seguridad social. Tratándose de la prestación de servicios especializados o de la ejecución de obras especializadas a que se refiere el Artículo 15-D, tercer párrafo del Código Fiscal de la Federación, el contratante deberá verificar cuando se efectúe el pago de la contraprestación por el servicio recibido, que el contratista cuente con el registro a que se refiere el Artículo 15 de la Ley Federal del Trabajo, asimismo, deberá obtener del contratista copia de los comprobantes fiscales por concepto de pago de salarios de los trabajadores con los que le hayan proporcionado el servicio o ejecutado la obra correspondiente, del recibo de pago expedido por institución bancaria por la declaración de entero de las retenciones de impuestos efectuadas a dichos trabajadores, del pago de las cuotas obrero patronales al Instituto Mexicano del Seguro Social, así como del pago de las aportaciones al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. El contratista estará obligado a entregar al contratante los comprobantes y la información a que se refiere este párrafo [...].

Social e Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, obtiene su registro patronal, cuenta con trabajadores para cumplir con su objetivo, emite los comprobantes de pago de salarios respectivos (CFDI), pero no cumple con el entero de aportaciones y amortizaciones, al parecer la conclusión pareciera la más obvia, hacerse de beneficios ante el incumplimiento de obligaciones.

En este punto, es el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, como organismo fiscal autónomo, que cuenta con potestades para requerir las cantidades omitidas a los patrones, esto con el propósito de evitar el menoscabo tanto del fondo de vivienda, como la situación de los derechos de los trabajadores.

Como ya se ha indicado, la importancia del concepto de amortizaciones, tiene como propósito, cubrir los créditos hipotecarios solicitados por los trabajadores; pero al mismo tiempo, está relacionado con la naturaleza fiscal, atendiendo el proceso legislativo de la creación de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, consultable a través de la página electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la dirección electrónica oficial, se advierte que el legislador propuso:

El proyecto establece las bases necesarias para el adecuado cumplimiento de la obligación constitucional a cargo de las empresas de hacer aportaciones al Fondo, que deberán ser del 5% del monto del salario de sus trabajadores de acuerdo con la reforma a la Ley Federal del Trabajo en vigor, así como la de enterar los descuentos que realicen en dichos salarios para el pago de las amortizaciones correspondientes a los préstamos concedidos por el Instituto. A estas obligaciones se les dé el carácter de fiscales con el propósito de asegurar la adecuada operación del Fondo y en virtud de que representan contribuciones destinadas a la realización de un servicio social, a cargo del Instituto. La recaudación y el cobro de los recursos se hará a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de las oficinas autorizadas por ésta, lo que permitirá el aprovechamiento del sistema bancario nacional y que las operaciones del Instituto se lleven a cabo con la mayor seguridad y economía.

De esta manera, la intención del legislador fue clara, otorgar a las “amortizaciones” el carácter o naturaleza fiscal, pues se buscó la adecuada operación del Fondo, por conducto del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, siendo que las aportaciones que se vayan realizando, en algún punto serán cantidades destinadas a la realización de un servicio social a cargo del citado Instituto, y dichos montos son dirigidos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, permitiendo el aprovechamiento del sistema bancario

nacional y generar seguridad y economía a los trabajadores; buscando que los trabajadores tengan una especie de garantía respecto a los créditos que se les otorgue, pues esto también prevé el incumplimiento por parte del patrón⁹.

El anterior razonamiento puede visualizarse incluso en criterios aislados de Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, con el registro IV-TASR-VII-188 y de rubro: "INFONAVIT, APORTACIONES AL. CONSTITUYEN UNA CONTRIBUCIÓN DE CARÁCTER FISCAL, CUYA FALTA DE PAGO OPORTUNO GENERA RECARGOS, AL SER CONSIDERADAS APORTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y NO GASTOS DE PREVISIÓN SOCIAL"¹⁰, en el cual se contempla; por un lado, su naturaleza fiscal; y por otro, como un gasto de previsión social, en términos de la Ley Federal del Trabajo, sosteniendo el propósito final de éstos, lo cual se trata de una cuestión fiscal.

Aquí debo resaltar otro punto contrastante en la actualidad sobre la figura de las amortizaciones, como se ha puntualizado, son las cantidades que se cubren ante el otorgamiento de un crédito solicitado por un trabajador, comúnmente, es un crédito a pagarse a largo plazo, recordando, busca ayudar a los trabajadores en la adquisición de vivienda; sin embargo, operadores jurídicos otorgan la figura de caducidad, a favor de los patrones, esto es, una conclusión o extinción de su obligación de cubrir las cantidades correspondientes, pero si los montos son retenciones del salario de los trabajadores ¿por qué considerar favorable la caducidad a los patrones? ¿acaso las cantidades serán devueltas a los trabajadores? La realidad es que no, ya que se incumple con la obligación y adicionalmente los patrones mantienen las cantidades sin restituir las.

Por ello, a criterio personal, las amortizaciones no deben ser objeto del beneficio de caducidad, al menos no a favor de los patrones, pues los montos deben subsistir conforme la vida del crédito, y es cierto, dichas cantidades se deben cubrir mientras subsista la relación de trabajo con los trabajadores, pero si dejan de cubrirse, al menos este concepto, a diferencia de las aportaciones, debe subsistir sin ver el beneficio de caducidad a favor de los patrones, o bien, lo idóneo será restituir a los trabajadores. Sobre este punto, existe una tesis aislada de Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, VI-TASR-XXI-31 de rubro "EL CONCEPTO DE AMORTIZACIONES DE CRÉDITO AL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES, NO ESTÁ SUJETO A LA FIGURA DE LA CADUCIDAD PREVISTA POR EL ARTÍCULO 30 DE LA LEY DEL INSTITUTO DEL

⁹ Barajas, Santiago, "Protección de los trabajadores frente a la insolvencia patronal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1, núm. 83, enero de 1995.

¹⁰ Tesis IV-TASR-VII-188, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, Cuarta Época, año II, núm. 14., septiembre 1999, p. 139.

FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES”¹¹, el cual confirma estas afirmaciones.

De esta manera, es claro que los trabajadores en las controversias ocurridas entre patrones y el INFONAVIT, que lleguen a tramitarse ante una Sala Regional del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, presentan un grupo vulnerable a proteger, pues, por un lado, no se les da el carácter de terceros, que deberían tener por el interés y naturaleza de las aportaciones y amortizaciones; y que en caso de sentencias de nulidad lisa y llana podrían ver afectado su patrimonio presente y a futuro.

Con el propósito de explicar lo anterior, hay que resaltar que comúnmente, las resoluciones definitivas que se controvierten en un juicio de nulidad federal, son las cédulas de liquidación por omisión o diferencias en el pago de aportaciones y amortizaciones al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, esto implica que los patrones omitieron por completo el entero de sus obligaciones, o bien, aun realizando un pago, éste se realizó en forma parcial o incompleta en los términos que por ley correspondía.

Pues bien, estas cédulas son el primer acercamiento y motivo para formular una demanda que podrá concluir, luego de admitida a trámite, en un posible sobreseimiento, el reconocimiento de validez o la declaratoria de nulidad; por lo que, en los primeros dos casos, será en beneficio del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, y en el último de los casos, en beneficio de los actores, patrones que comparecieron a impugnar, pero ¿y los trabajadores?, pues igual que las autoridades, sólo serán beneficiados si sale a favor de la autoridad, no cuando sea favorable para la actora.

Se dice lo anterior, pues ya he puntualizado que, si los trabajadores tienen una naturaleza análoga de terceros interesados, en obvias condiciones la decisión que resulte favorable para la autoridad (Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores), será en beneficio de los trabajadores, y ante la declaratoria de nulidad de las cédulas, ésta les perjudica, pues tanto aportaciones y amortizaciones se dejarían de enterar, lo cual conlleva al menoscabo de sus derechos.

Sí, se está consciente que conforme la naturaleza de los juicios de nulidad tramitados en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, las sentencias que se emitan deben atender el mejor resultado¹² que se pueda para el promovente; esto es,

¹¹ Tesis VI-TASR-XXI-31, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, Sexta Época, año III, núm. 25, enero de 2010, p. 249.

¹² Artículo 50. Las sentencias del Tribunal se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del actor que se deduzca de su demanda, en relación con una resolución impugnada, teniendo la facultad de invocar hechos notorios.

analizar aquellos argumentos que puedan declarar una nulidad lisa y llana; pero tampoco debe pasarse por alto, que en términos del Artículo 1o. de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa¹³, existe una serie de principios que deben atenderse en el dictado de las sentencias definitivas, destacando la “verdad material”, relacionado con la búsqueda de la realidad y sus circunstancias; en otras palabras, lo que en realidad sucedió, lo que tiene su diferencia en la “verdad formal”, sobre aquellas circunstancias que se plantean por las partes y que son presentadas como pruebas o alegatos, a fin de conseguir la razón de la autoridad jurisdiccional, lo cual hace la aceptación de criterios como verdaderos que pueden no ser correctos¹⁴, de ahí la trascendencia, no sólo de atender lo estrictamente probado por alguna de las partes, sino que el operador jurídico, el Magistrado instructor o ponente, realice un análisis claro, correcto y amplio de los elementos que lleven a la verdad material.

Esta situación como se mencionó al inicio del presente libelo, invoca otra frase de Eugen Berthold Friedrich Brecht: *“El que desconoce la verdad es un ignorante; pero el que la conoce y la desmiente es un criminal”*, siendo una clara obligación del juzgador hacerse de la verdad o realidad sucedida, a fin de resolver puntualmente las controversias ocurridas, y señalando con claridad los derechos de cada uno, claro está, con todas las pruebas conducentes, situación que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió jurisprudencia de rubro “PRUEBAS Y ACTUACIONES PROCESALES. EL JUZGADOR DE AMPARO DEBE ALLEGARSELAS CUANDO LAS ESTIME NECESARIAS PARA RESOLVER EL ASUNTO”¹⁵, si bien es un tema de amparo, el Artículo 41 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, establece una potestad para los Magistrados instructores de acordar la ex-

Cuando se hagan valer diversas causales de ilegalidad, la sentencia de la Sala deberá examinar primero aquéllos que puedan llevar a declarar la nulidad lisa y llana. En el caso de que la sentencia declare la nulidad de una resolución por la omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, o por vicios de procedimiento, la misma deberá señalar en qué forma afectaron las defensas del particular y trascendieron al sentido de la resolución. Las Salas podrán corregir los errores que adviertan en la cita de los preceptos que se consideren violados y examinar en su conjunto los agravios y causales de ilegalidad, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda y en la contestación. [...].

¹³ Artículo 1o. La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto determinar la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Las resoluciones que emita el Tribunal deberán apegarse a los principios de legalidad, máxima publicidad, respeto a los derechos humanos, verdad material, razonabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, tipicidad y debido proceso.

¹⁴ Ivanega, Miriam Mabel, “El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo”, *Aída Ópera prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, México, núm. 11, 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/11/art/art6.pdf>.

¹⁵ Tesis P./J. 17/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, febrero de 1997, p. 108.

hibición de algún documento relacionado con la controversia planteada, incluso el ordenar una diligencia o prueba técnica (pericial) aun sin ofrecerse por las partes.

Por ello, es muy importante atender todos estos pormenores, para que el juzgador no emita sentencias a diestra y siniestra, otorgando el beneficio de uno (patrón demandante) y esto implique el perjuicio de otros (trabajadores), evitando así, la emisión de criterios que no estén relacionados con el fondo de los asuntos, y resolver a través de meras formalidades procedimentales.

Lo anterior, pues si se visualizan las sentencias declaradas por las diferentes Salas del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es un gran número que se emite en razón de vicios de procedimiento, cuestiones de competencia y firma facsimilar, supuestos que se traducen en requisitos que la autoridad puede subsanar, lo cual también ha sido pronunciamiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la jurisprudencia de rubro: "PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LAS SALAS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA ESTÁN OBLIGADAS AL ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE IMPUGNACIÓN TENDENTES A CONTROVERTIR EL FONDO DEL ASUNTO, AUN Y CUANDO EL ACTO IMPUGNADO CAREZCA DE LA FIRMA AUTÓGRAFA DE LA AUTORIDAD (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 52 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO)"¹⁶; este criterio optimiza con claridad, que las Salas atiendan y procedan con el análisis de los agravios de fondo que planteen los demandantes, y abstenerse de emitir sentencias por cuestiones subsanables, pues como bien se indica, como ejemplo, ante una firma facsimilar, puede declararse una nulidad lisa y llana, lo cual no desaparece por completo las facultades de la autoridad (INFONAVIT), pues se puede emitir una nueva actuación cumpliendo con la supuesta formalidad omitida.

Esto conlleva a que los juzgadores atiendan preferentemente, el estudio de los conceptos de impugnación dirigidos a controvertir el fondo de las cédulas de liquidación del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, y no declarar nulidades por meras formalidades, pues esto implica un gran perjuicio, en principio, en la calidad de impartidores de justicia y segundo, la violación de derechos de todas las personas que se listen como trabajadores de los patrones demandantes, al dejar de cubrir las aportaciones y las amortizaciones de los créditos de vivienda solicitado.

¹⁶ Tesis 2a./J. 31/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. II, julio 2021, p. 1708.

II. CONCLUSIONES

Explicadas las situaciones anteriores, considero que para mejor proveer y atender el principio de verdad material que se busca en los juicios de nulidad federal, y lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, se llame a juicio a los trabajadores o personas señaladas en las cédulas de liquidación emitidas por el Instituto Mexicano del Seguro Social como el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, siendo trascendente el segundo como se indicó en esta reseña, pues en casos de nulidad, se dejarán de cubrir aportaciones y amortizaciones, que se traduce en una situación grave, pues esto implica que este grupo vulnerable (trabajadores) tengan que erogar en instancias diversas al juicio de nulidad, lo cual tendría un claro reflejo de lo que sucede en sede administrativa en los recursos previstos para ello.

Además, tener presente que el hecho de declarar una nulidad lisa y llana, no sólo implica una vulneración a los derechos de los trabajadores, sino también, que el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores no pueda hacer frente al fondo de vivienda que controla, pues no podrá hacerse ni de los montos de aportaciones, en caso de dejarse de cubrir por los patrones y tendrá una cartera de créditos incobrables respecto de aquellos que se dejan de cubrir, ya entregados a los trabajadores.

Esta situación incluso tiene claras repercusiones fiscales, pues los patrones podrán establecer beneficios como deducciones, y no sólo eso, tener control de cantidades que debió retener y que no les corresponden, situación que incluso se podrá visualizar en el contenido de los comprobantes de pago emitidos a favor de los trabajadores, situación por la cual resultaría interesante, llamar a juicio a la representación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para evitar estas malas prácticas, por no decir indebidas, recordando el principio básico de simetría fiscal.

Por lo que hace a la tarea de los operadores jurídicos, Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es claro que deberán privilegiar con mayor puntualidad el principio de verdad material, buscando emitir sentencias definitivas, en las que primeramente, exista un pronunciamiento por los argumentos de fondo y no los vicios de procedimiento; es decir, procurar el beneficio o protección de los derechos de un grupo vulnerable, y no el de un particular, atendiendo lo que verdaderamente es el objeto de una autoridad jurisdiccional, la impartición de justicia respecto a un tema particular, será muy simple, pero considero oportuno acudir a las bases romanas e invocar a Ulpiano, quien destacó el término justicia como *Istitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* ("Justicia es la firme y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo"), siendo un claro ejemplo aplicable, en relación a las aportaciones y amortizaciones de los trabajadores.

III. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

DE LA GARZA, Sergio F., *Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa, 2012.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, México, Oxford, 2015.

BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, "Reformas a la Ley del Fondo Nacional de la Vivienda", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1., núm. 91, enero de 1998.

_____, "Protección de los trabajadores frente a la insolvencia patronal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1, núm. 83, enero de 1995.

IVANEGA, Miriam Mabel, "El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo", *Aída Ópera prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, México, núm. 11, 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1488/1388>.

PÉREZ DE LOS REYES, Marco, "El ayer y el hoy de los juristas romanos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 268, mayo-agosto de 2017, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx>.

2. Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Fiscal de la Federación.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Ley Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Ley del Seguro Social.

Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

Reglamento de la Comisión de Inconformidades del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

Reglamento del Recurso de Inconformidad.

3. Sitios de Internet

<https://www.tfja.gob.mx/cesmdfa/sctj/sctj-busqueda/>.

<https://www.scjn.gob.mx/normativa-nacional-internacional>.

<https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>.

LAICIDAD, DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Carlos Enrique HUITRÓN GARCÍA¹

SUMARIO

I. *Laicidad.* II. *Concepto de laicidad.* III. *Laicidad en México.* IV. *Derecho a la no discriminación.* V. *Concepto de discriminación.* VI. *Concepto de derecho a la no discriminación.* VII. *Libre desarrollo de la personalidad.* VIII. *Concepto de libre desarrollo de la personalidad.* IX. *El libre desarrollo de la personalidad en México.* X. *Fuentes de información.*

RESUMEN

El Estado Mexicano debe respetar diversos derechos humanos tales como la libertad de credo, la garantía del derecho laico y el libre desarrollo de la personalidad, en ese sentido, subsiste la exigencia de las sociedades modernas y democráticas, por lo que es importante tener en cuenta que existe una creciente diversidad religiosa y moral en estas, es por ello, que los Estados tienen entre sí, múltiples desafíos para establecer una convivencia armoniosa, entre ellos, la obligación de salvaguardar el respeto de la diversidad y la integración de los ciudadanos, dentro del orden público y por tanto, mantenerse imparcial frente a todos los cultos religiosos, sin tener privilegios sobre alguna religión o creencia metafísica, respecto de las demás, es decir, buscar la prevalencia de un Estado laico, mismo, que podemos definir como la expresión de la de-

ABSTRACT

The Mexican State must respect various human rights such as freedom of belief, the guarantee of secular law and the free development of personality, in that sense, the requirement of modern and democratic societies remains, so it is important to take into account that there is a growing religious and moral diversity in these, which is why States have multiple challenges among themselves to establish harmonious coexistence, among them, the obligation to safeguard respect for diversity and the integration of citizens, within of public order and therefore, remain impartial towards all religious cults, without having privileges over any religion or metaphysical belief, with respect to the others, that is, seeking the prevalence of a secular State, itself, which we can define as the expression of modern democracy, in Mexico, is a product of the

¹ Es Licenciado, Maestro y Doctor por la Universidad Nacional Autónoma de México, ha ocupado diversos cargos en el Poder Judicial de la Federación y es autor de múltiples Artículos y libros, especialmente la Ley de Amparo comentada, cuya publicación se llevó a cabo en 2023, asimismo se ha desempeñado como Docente en la División de Estudios de Posgrado de su Alma Máter.

mocracia moderna, en México, es producto del principio histórico de la separación del Estado y las iglesias. Ahora bien, derivado de lo anterior resulta conveniente definir el derecho a la no discriminación, misma que establece como norma común que todos los individuos, puedan gozar del total de sus derechos fundamentales, en condiciones de igualdad sin importar raza, religión, color, etc., A lo largo de este trabajo se explorarán los derechos humanos mencionados con anterioridad.

PALABRAS CLAVE

Laicidad. Discriminación. Libertad. Desarrollo. Personalidad. Derecho humano.

historical principle of the separation of the State and the churches. Now, derived from the above, it is convenient to define the right to non-discrimination, which establishes as a common norm that all individuals can enjoy all their fundamental rights, under conditions of equality regardless of race, religion, color, etc., Throughout this work the human rights mentioned above will be explored.

KEY WORDS

Secularism. Discrimination. Freedom. Development. Personality. Human rights.

I. LAICIDAD

Generalidades

Por Estado laico, se entiende a cualquier país, independiente de cualquier confesión u organización religiosa, dentro del cual, los funcionarios de gobierno no se adhieren de manera pública a ninguna religión, ni las creencias religiosas influyen en la toma de decisiones que atañen a la política. Entonces, cuándo se sabe que un estado es laico, se establece que existe nula injerencia de cualquier organización o confesión religiosa dentro del gobierno, claro, dentro de los tres poderes de gobierno, legislativo, ejecutivo y judicial. A un Estado laico, también lo podemos ver como aquel que se mantiene neutral en materia de religión, de manera que no brinda apoyo a ninguna organización o confesión religiosa.

Asimismo, un Estado laico, trata a todos los gobernados por igual, tanto a creyentes religiosos como no creyentes; evita discriminación por cuestiones religiosas y no favorece a ninguna religión o confesión. En el Estado laico, se mantiene la separación entre la iglesia y el mismo. Por otra parte, un Estado laico, tiene el carácter de protector de la libertad religiosa, evita la intervención de la religión en la política de este y, existen leyes de protección de discriminación en asuntos religiosos.

En este sentido, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, el principio de separación entre el Estado y las iglesias, así como la libertad

de creencias y de culto (Artículo 24). Asimismo, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público señala en su Artículo 3o.:

El Estado mexicano es laico. El mismo ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de las leyes, conservación del orden y la moral públicos y la tutela de derechos de terceros. Asimismo, menciona, el Estado no podrá establecer ningún tipo de preferencia o privilegio en favor de religión alguna. Tampoco a favor o en contra de ninguna iglesia ni agrupación religiosa.

Entonces, en el Estado laico, subsiste la exigencia de las sociedades modernas y democráticas. Es importante tener en cuenta que existe una creciente diversidad religiosa y moral en las entrañas de las sociedades modernas y, por ello, los Estados tienen entre sí, muchos desafíos para establecer una convivencia armoniosa, llevando a cabo el respeto de aquellos sectores religiosos, ateos, agnósticos, filosóficos, así como la forma de organización democrática y pacífica. Además, el Estado democrático tiene la obligación de salvaguardar el respeto de la diversidad y la integración de los ciudadanos, dentro del orden público.

II. CONCEPTO DE LAICIDAD

El término *laicidad*, para el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, se define como, condición de laico. Principio que establece la separación entre la sociedad civil y la sociedad religiosa². Asimismo, el término *laico*, el mismo diccionario lo define como aquello que no tiene órdenes clericales. Independiente de cualquier organización o confesión religiosa, como el Estado laico³.

Cabe aclarar que, la laicidad consiste en aquella imparcialidad por parte del Estado, respecto de las diversas creencias religiosas de los gobernados o de cualquier convicción metafísica; en el entendido de que las enseñanzas sobre las creencias religiosas o metafísicas pertenecen al ámbito privado. Asimismo, dicho término, en el plano individual, refiere a que el Estado, debe proteger la libertad ideológica de los gobernados, aunque cierto sector de la población no profese ninguna religión o respete también, las ideas que van en contra de la religión o aquellas que van en contra de la metafísica. Por otro lado, el Estado, debe respetar también, las verdades religiosas reveladas por los sacerdotes, jerarcas religiosos o diversas comunidades religiosas.

² "Laicidad", *Diccionario de la Real Academia Española*, Edición del Tricentenario, 2023, <https://dle.rae.es/laicidad>, fecha de consulta 1 de junio 2024.

³ "Laico", *Diccionario de la Real Academia Española*, Edición del Tricentenario, 2023, <https://dle.rae.es/laico>, fecha de consulta 1 de junio 2024.

Por otro lado, el término imparcialidad, es diferente a neutralidad, debidamente entendida como inacción. Para José Ramón Cossío; mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes. Lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el Artículo 130 de la Constitución Federal no exime en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas⁴.

En este sentido, el adjetivo *laico* puede entenderse desde un punto de vista negativo mínimo, de modo tal que para que un Estado sea laico basta con que sea neutral en relación con los diferentes credos religiosos. Sin embargo, reducir la laicidad de esa manera, piensan estos autores, abre las puertas al nihilismo, al relativismo, al indiferentismo o al cinismo. Para evitar caer en tal situación, es necesario que el pensamiento laico no se entienda como la ausencia de valores, sino como la manera de presentar y defender ciertos principios y valores: el pensamiento laico se funda en un principio práctico: la tolerancia, y en un principio teórico: el anti-dogmatismo. Siendo así, lo propio de una ética laica es colocar como principio fundamental el respeto a la autonomía de los individuos en tanto seres racionales. Desde este supuesto, tal ética exige una educación ilustrada, condiciones de legalidad y un derecho positivo que reconozca y garantice efectivamente los derechos fundamentales de todas las personas por igual⁵.

Por otro lado, para Lafont, tomar en serio las razones religiosas en contra del matrimonio homosexual, por ejemplo, no requiere de los ciudadanos seculares que se abran cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas sobre la perversidad de los homosexuales. Basta, por ejemplo, con que confronten dichas razones con la objeción de tratamiento desigual que implica negar el derecho al matrimonio a un grupo de ciudadanos, si eso es lo que ellos creen⁶.

Asimismo, Martin Luther King Jr., nos dice Dworkin, era un hombre de fe, y recurrió a su religión para condenar los prejuicios con una gran efectividad; algunos curas católicos,

⁴ Cossío, J. R., "Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas", *Letras Libres*, México, núm. 112, abril de 2008, p. 64.

⁵ Salazar Carrión, Luis, *Educación, discriminación y tolerancia*, México, Ediciones Cal y Arena, 2007, p. 37.

⁶ Lafont, Cristina, "Democracia y deliberación pública", en Arango, Rodolfo (coord.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2007, pp. 140-141.

hablando en calidad de curas, se han situado en la vanguardia de la lucha por la justicia social en Latinoamérica y en otros lugares. En cualquier caso, los liberales no lograrán que los creyentes dejen a un lado sus convicciones religiosas cuando adopten el papel de ciudadanos. Este papel requiere sinceridad y autenticidad, lo cual es imposible para esas personas, a menos que mantengan sus creencias religiosas en mente. El cisma en torno a la religión en Norteamérica muestra las limitaciones del proyecto del liberalismo político de Rawls, de su estrategia de aislar las convicciones políticas de las convicciones morales, éticas y religiosas más profundas⁷.

Por otro lado, las creencias religiosas propias de los gobernados aparecen en el ámbito privado; por lo que, la libertad religiosa, comprende la capacidad de expandirlas hasta el ámbito público; tal es el caso de la construcción de lugares para culto, procesiones religiosas y la enseñanza de la doctrina de vasa en casa. En este sentido, el Estado, debe mantenerse imparcial frente a todos los cultos religiosos, sin tener privilegios sobre alguna religión o creencia metafísica, respecto de las demás.

III. LAICIDAD EN MÉXICO

El término laicidad, es moderno y refleja el respeto de libertades y derechos. El Estado laico es la expresión de la democracia moderna, en México, es producto del principio histórico de la separación del Estado y las iglesias. En este sentido, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Artículo 130, establece:

El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente Artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes:

a) Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro. La ley regulará dichas asociaciones y determinará las condiciones y requisitos para el registro constitutivo de las mismas.

b) Las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas;

⁷ Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 88.

c) Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Los mexicanos, así como los extranjeros deberán, para ello, satisfacer los requisitos que señale la ley;

d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.

e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley.

Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Las autoridades federales, de las entidades federativas, de los Municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley.

Entonces, existe el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias; corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. Asimismo, las iglesias y las agrupaciones religiosas

tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas, además, los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Por otro lado, los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna.

Por otro lado, La Suprema Corte de Justicia de la nación al efecto señala en el siguiente criterio:

LIBERTAD RELIGIOSA. DEBERES QUE IMPONE AL ESTADO.

La libertad religiosa es un derecho fundamental que garantiza la posibilidad real de que cualquier persona pueda practicar libremente su religión, tanto individualmente como asociado con otras personas, sin que pueda establecerse discriminación o trato jurídico diverso a los y las ciudadanas debido a sus creencias; así como la igualdad del disfrute de la libertad de religión por todos los ciudadanos. Este derecho impone ciertos deberes a cargo del Estado para que se pueda materializar. Al respecto, es preciso que el Estado asuma un rol neutral e imparcial frente a las diversas religiones que se profesen en su territorio y se ha indicado su deber de promover la tolerancia entre los diversos grupos religiosos. Asimismo, el Estado debe abstenerse de intervenir injustificadamente en la organización de las comunidades religiosas, y reconocer que la autonomía de estas asociaciones es indispensable en una sociedad democrática. A través de estas garantías de protección y abstención el Estado se asegura de que los creyentes puedan efectivamente ejercer su libertad religiosa y que no se les inhiba de su expresión tanto en su ámbito interno como en el ejercicio de un culto público. Por lo demás, como cualquier otro derecho, la libertad religiosa no es absoluta, ya que está sometida a ciertos límites que la Constitución le impone: el imperio del orden jurídico, los derechos de los demás, la prevalencia del interés público y los propios derechos fundamentales de la persona frente a su ejercicio abusivo⁸.

Entonces, la libertad religiosa, es un derecho fundamental que garantiza la posibilidad real de que cualquier persona, pueda practicar libremente su religión, tanto individualmente como asociado con otras personas, sin que pueda establecerse discriminación o trato jurídico diverso a los y las ciudadanas debido a sus creencias; así como la igualdad del disfrute de la libertad de religión por todos los ciudadanos. Asimismo, es preciso que el Estado asuma un rol neutral e imparcial frente a las diversas religiones que se profesen en su territorio y se ha indicado su deber de promover la tolerancia entre los diversos grupos religiosos.

⁸ Tesis 1a. IV/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero 2019, p. 722.

Por otro lado, en el Artículo 24 de nuestra Carta Magna, se establece:

Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

Entonces, en el Estado Mexicano, toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al efecto señala:

LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS.

El primer párrafo del Artículo 24 de la Constitución Federal consagra en sus términos nucleares la libertad religiosa, esto es, la libertad de sostener y cultivar las creencias religiosas que cada uno considere, libertad que también incluye la de cambiar de creencias religiosas. El precepto encierra, además, tanto una referencia a la dimensión interna de la libertad religiosa como a su dimensión externa. La faceta interna de la libertad religiosa se relaciona íntimamente con la libertad ideológica y, aunque es difícil de definir de un modo que sea general y a la vez útil, atiende a la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino. Ello no significa que nuestro texto constitucional proteja sólo el desarrollo de ideas, actitudes y planes de vida religiosos, en contraposición a ideas y actitudes ateas o agnósticas; así como los derechos de reunión, asociación o expresión protegen tanto la posibilidad de reunirse, fundar y pertenecer a asociaciones y expresarse como la opción de los que prefieren no hacerlo, la Constitución protege la opción de no desarrollar los contenidos del derecho a la libertad religiosa, lo cual por otro lado viene asegurado por la prohi-

bición de discriminación contenida en el Artículo 1o. En esta vertiente interna, la libertad religiosa es de algún modo ilimitada, puesto que el Estado no tiene medios directos para cambiar, imponer o eliminar lo que el individuo desarrolla en su más irreductible ámbito de intimidad: su pensamiento. Sin embargo, existen medios por los cuales el Estado y los particulares moldean de hecho las creencias de las personas y, en los casos en los que, por el tipo de fines perseguidos o por los medios usados el impacto sobre esta dimensión sea empíricamente ostensible y sobrepase los niveles ordinarios, no puede descartarse que la dimensión interna cobre relevancia para el control de constitucionalidad de normas y actos. La dimensión o proyección externa de la libertad religiosa es múltiple y se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión o la libertad de enseñanza. Una proyección típica y específica, pero en modo alguno única, que la Constitución menciona expresamente es la libertad de culto, que se refiere a la libertad para practicar las ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas⁹.

Entonces, la libertad religiosa es múltiple y se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión o la libertad de enseñanza. Una proyección típica y específica, pero en modo alguno única, que la Constitución menciona expresamente es la libertad de culto, que se refiere a la libertad para practicar las ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas. Asimismo, no todo acto de expresión externa de una creencia religiosa es un acto de “culto público”, ya que, por ejemplo, llevar la kipá o una medalla de la Virgen en el cuello, es símbolo y expresión de la filiación religiosa judía o católica, respectivamente, de la persona que los lleva, y en esa medida son una manifestación externa de la libertad religiosa, pero no constituyen actos de culto público.

Por otro lado, en el Artículo 3o. de la Ley de asociaciones religiosas y de culto público, se señala:

El Estado mexicano es laico. El mismo ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de la Constitución, Tratados Internacionales ratificados por México y demás legislación aplicable y la tutela de derechos de terceros.

⁹ Tesis 1a. LX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, febrero 2007, p. 654.

El Estado no podrá establecer ningún tipo de preferencia o privilegio en favor de religión alguna. Tampoco a favor o en contra de ninguna iglesia ni agrupación religiosa.

Los documentos oficiales de identificación no contendrán mención sobre las creencias religiosas del individuo.

Entonces, el Estado mexicano es laico. El mismo ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de la Constitución, Tratados Internacionales ratificados por México y demás legislación aplicable y la tutela de derechos de terceros.

En conclusión, se dice que el estado es laico, cuando la legitimidad política de las instituciones públicas y la de los gobernantes, se genera a través de la soberanía y voluntad del pueblo y, tiene como propósito, garantizar la libertad de culto para los gobernados y en consecuencia los actos de libertad que surjan deberán estar apegados a las normas, la conservación de la paz y armonía social y el respeto de los derechos fundamentales. Además de que las agrupaciones y asociaciones religiosas se sujetarán a la Ley. Entonces, el Estado laico no podrá establecer ningún tipo de privilegio en favor de religión o convicción filosófica alguna. Como tampoco podrá estar a favor o en contra de alguna asociación o agrupación religiosa.

IV. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Generalidades

En la época actual, la *discriminación*, consiste en brindar un trato desfavorable a cierta persona o grupo, aunque a veces no pueda percibirse, pero que en cierto momento la hemos causado o sufrido. Es importante resaltar que existen grupos de personas que son discriminados, ya sea por su forma de vestir, por sus características físicas o por su forma de vivir. Cabe mencionar que las preferencias sexuales, origen étnico, el estado civil, la religión, el embarazo, la discapacidad, la lengua, la condición social o económica, la discapacidad, las opiniones, la edad, entre otras, pueden ser motivo de distinción, exclusión, rechazo o menoscabo de derechos.

Es importante señalar que, los estragos que causa la discriminación en la vida de las personas son bastante negativos y tienen mucho que ver con el menoscabo de derechos y, desigualdad para tener acceso a ellos; esto puede generar que las personas sean marginadas, sufran violencia física o mental, hasta en casos extremos, llevan al individuo a perder su vida. En este sentido, la discriminación ocurre cuando hay una conducta que determina distinción, exclusión, a causa alguna consecuencia como anular o impedir el ejercicio de un derecho.

Por lo tanto, el *derecho a la no discriminación* es una regla común en los tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los diversos países; consiste en aquel derecho, cuya finalidad es que todos los individuos, puedan gozar del total de sus derechos fundamentales, en condiciones de igualdad.

V. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

Para el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término, *discriminación*, consiste en la acción y efecto de discriminar. Protección de carácter extraordinario que se da a un grupo social históricamente discriminado¹⁰.

El mismo diccionario define el término discriminar como, seleccionar excluyendo. Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etcétera¹¹.

Entonces, discriminación, consiste en aquella exclusión, distinción o preferencia, por motivos de raza, religión, opinión política, origen social, que tenga por objeto destruir o alterar la igualdad de oportunidades o trato laboral.

En este sentido, por discriminación, se hace referencia a establecer un trato de inferioridad a determinado individuo o grupo de personas, debido a cuestiones de raza, religión, políticas, sexuales, etc. Al respecto, Finkelkraut, menciona que, turban la serenidad del que está en lo suyo y hacen pesar sobre lo que es familiar la amenaza de lo extraño¹². Por su parte, Isidro Cisneros, afirma, en nuestro tiempo la intolerancia social se ha convertido en un factor determinante para el desarrollo de la discriminación en todas sus formas. Lo cual implica toda una distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la pertenencia étnica, el color de la piel, la preferencia sexual, el idioma, la religión, las opiniones, el origen nacional, la posición económica o social, que tenga por finalidad o por efecto, destruir o alterar la igualdad de trato¹³.

Por otro lado, la discriminación, es la distinción irrelevante, arbitraria, no razonable, injusta, que se realiza en detrimento o perjuicio de una persona o grupo de personas, y no de una diferencia sobre la base de las cualidades personales¹⁴.

¹⁰ "Discriminación", *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª. ed., 2001, <https://dle.rae.es/discriminaci%C3%B3n>, fecha de consulta 1 de junio 2024.

¹¹ *Idem*.

¹² *Cfr.* Finkelkraut, Alain, *La sabiduría del amor*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 111.

¹³ Cisneros, Isidro, *Formas de la intolerancia. De la discriminación al genocidio*, México, Océano, 2004, p. 75.

¹⁴ Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid, CES, 1994, p. 35.

Asimismo, la discriminación, está constituida por aquellas acciones positivas que consisten en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad¹⁵.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas, ha definido a la discriminación como:

... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

Por otro lado, en la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, en su Artículo 1o., fracción III, establece el concepto de discriminación, al efecto señala:

Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo; también se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.

Entonces, discriminación, consiste en toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o

¹⁵ Cfr. Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 55-77.

anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales y libertades de los seres humanos.

VI. CONCEPTO DE DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

El *derecho a la no discriminación* es una regla común en los tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los diversos países; consiste en aquel derecho, cuya finalidad es que todos los individuos, puedan gozar del total de sus derechos fundamentales, en condiciones de igualdad. En este sentido, en La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Artículo 7o. señala:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Entonces, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el documento histórico sobre los derechos humanos. Fue elaborada por los representantes de todos los países del mundo, con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, esta Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, es creada como un ideal común para todos los pueblos y naciones. Se establecen, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero.

Asimismo, establece en el Artículo citado, que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley y, todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación.

Por otro lado, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 1o., párrafo primero, se 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.

Entonces, 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. Asimismo, en el mencionado Artículo constitucional, párrafo quinto se establece:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud,

la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En este sentido, en los Estados Unidos Mexicanos Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana.

Asimismo, en la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, en su Artículo 4o., se establece:

Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades en términos del Artículo 1o. constitucional y el Artículo 1o., párrafo segundo, fracción III de esta Ley.

En donde se hace referencia que, en los Estados Unidos Mexicanos, Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades en términos del Artículo 1o. constitucional.

Finalmente, el derecho a la no discriminación, establece aquella norma común en los tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los diversos países y; consiste en aquel derecho, cuya finalidad es que todos los individuos, puedan gozar del total de sus derechos fundamentales, en condiciones de igualdad; teniendo en cuenta que, todos somos iguales ante la ley y tenemos, sin distinción, derecho a igual protección de la ley; teniendo en cuenta que en nuestra Carta Magna, queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En conclusión, el *derecho a la no discriminación* es una regla común en los tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los diversos países; consiste en aquel derecho, cuya finalidad es que todos los individuos, puedan gozar del total de sus derechos fundamentales, en condiciones de igualdad. Asimismo, en los Estados Unidos Mexicanos, queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la

religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. En este sentido, el derecho a la no discriminación establece aquella norma común en los tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los diversos países y; consiste en aquel derecho, cuya finalidad es que todos los individuos, puedan gozar del total de sus derechos fundamentales, en condiciones de igualdad; teniendo en cuenta que, todos somos iguales ante la ley y tenemos, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

VII. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Generalidades

El derecho al libre desarrollo de la personalidad surge del principio de autonomía personal y, consiste en aquella capacidad de elegir y materializar de forma libre y consciente, planes de vida e ideales de excelencia humana, sin la intervención de terceros. Este derecho incluye, la elección de la apariencia personal, pues se trata de un aspecto individual, que se desea proyectar a los demás. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, puede ser limitado, con la finalidad de establecer algún objetivo constitucionalmente válido. Este derecho se centra en los derechos de los demás y en el orden público. De esta forma, estos límites externos al derecho fundamental funcionan como reglas que autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la personalidad, siempre que ésta sea idónea, y no resulte innecesaria o desproporcionada.

VIII. CONCEPTO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Es importante mencionar que, el *desarrollo de la personalidad* es un proceso natural, que se da a lo largo de la vida de una persona; abarca el desarrollo psicológico y físico de todo individuo, desde que nace hasta que muere, “en razón de su conciencia moral, de su libertad y de su dignidad, el hombre tiene derecho al desarrollo de su personalidad que se verifica de forma implícita en el ejercicio de cualquier otro derecho”¹⁶.

Asimismo, en el desarrollo de la personalidad, influyen muchos factores, como la genética humana, las condiciones sociales y culturales, la alimentación, la educación, etc.; “el desarrollo de la personalidad no puede tener lugar si no se reconocen y respetan los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad”¹⁷.

¹⁶ Aguilar Sahagún, Luis Armando, *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), Universidad Jesuita de Guadalajara, 1999, p. 124.

¹⁷ Marrades Puig, Ana Isabel, *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*,

Por otro lado, jurídicamente hablando, el desarrollo de la personalidad requiere de la garantía de goce de todos los derechos fundamentales constituidos en la constitución de cada Estado, para que los individuos, mantengan en desarrollo y equilibrio las características biológicas, sociales, físicas, jurídicas, etc.; propias o inherentes de la persona humana. De tal forma que la eficacia del reconocimiento de esos derechos fundamentales, permiten el desarrollo de la personalidad.

IX. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN MÉXICO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, otorga una amplia protección a la autonomía de la personalidad humana, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los gobernados se proponen. En este sentido, en términos generales, puede establecerse que los derechos fundamentales, tienen la función de garantizar esos bienes, debido a medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan transgredir la autonomía personal. Asimismo, los derechos incluidos en nuestra Carta Magna están vinculados con la satisfacción de esos bienes básicos que son necesarios para la manutención de cualquier plan de vida.

Asimismo, el bien general que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es, la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.

Por otro lado, la Constitución y los tratados internacionales reconocen los derechos de libertad, que se acentúan en permisos para realizar determinadas acciones que se presumen valiosas para la autonomía de las personas; tales como, moverse sin impedimentos, elegir una profesión o trabajo, asociarse, adoptar una religión u otro tipo de creencia, expresar opiniones, etc.; al tiempo que imponen prohibiciones de intervenir u obstaculizar las acciones permitidas por el derecho fundamental. Entonces, el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a la libertad, hasta cierto punto. En este sentido, estos derechos fundamentales protegen la libertad de actuación humana que, de acuerdo con la experiencia histórica, son más susceptibles de ser menospreciados por el poder público; tal es así que, cuando un determinado espacio vital, es intervenido a través de una medida estatal, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece:

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA.

España, Editorial Universidad de Valencia, 2002, p. 84.

La libertad “indefinida” que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad complementa las otras libertades más específicas, tales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar la “esfera personal” que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas. En este sentido, este derecho es especialmente importante frente a las nuevas amenazas a la libertad individual que se presentan en la actualidad. Ahora bien, la doctrina especializada señala que el libre desarrollo de la personalidad tiene una dimensión externa y una interna. Desde el punto de vista externo, el derecho da cobertura a una genérica “libertad de acción” que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una “esfera de privacidad” del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal. Al respecto, si bien en un plano conceptual puede trazarse esta distinción entre los aspectos externos e internos, resulta complicado adscribir los casos de ejercicio de este derecho a una sola de estas dimensiones. Ello es así, porque las acciones que realizan los individuos en el ejercicio de su autonomía personal suponen la decisión de llevar a cabo esa acción, al tiempo que las decisiones sobre aspectos que en principio sólo incumben al individuo normalmente requieren de ciertas acciones para materializarlas. En todo caso, parece que se trata de una cuestión de énfasis. Así, mientras que hay situaciones en las que el aspecto más relevante de la autonomía personal se aprecia en la acción realizada, existen otras situaciones en las que el ejercicio de la autonomía se observa más claramente a través de la decisión adoptada por la persona.

De donde se establece que, La libertad indefinida, que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad complementa las otras libertades más específicas, tales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar la esfera personal, que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas. Desde el punto de vista externo, el derecho da cobertura a una genérica libertad de acción, que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. Asimismo, desde una perspectiva interna, el derecho protege una esfera de privacidad del individuo, en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.

En conclusión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad surge del principio de autonomía personal y, consiste en aquella capacidad de elegir y materializar de forma libre y consciente, planes de vida e ideales de excelencia humana, sin la intervención de terceros. Este derecho incluye, la elección de la apariencia personal, pues se trata de un aspecto individual, que se desea proyectar a los demás. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, otorga una amplia protección a la autonomía de la personalidad humana, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los gobernados se proponen. En este sentido, en términos generales, puede establecerse que los derechos fundamentales, tienen la función de garantizar esos bienes, en tazon de medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan transgredir la autonomía personal. Es importante mencionar que, el *desarrollo de la personalidad* es un proceso natural, que se da a lo largo de la vida de una persona; abarca el desarrollo psicológico y físico de todo individuo, desde que nace hasta que muere. Finalmente, debido a su conciencia moral, de su libertad y de su dignidad, el hombre tiene derecho al desarrollo de su personalidad que se verifica de forma implícita en el ejercicio de cualquier otro derecho.

X. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- AGUILAR SAHAGÚN, Luis Armando, *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), Universidad Jesuita de Guadalajara, 1999.
- CISNEROS, Isidro, *Formas de la intolerancia, De la discriminación al genocidio*, México, Océano, 2004.
- COSSÍO, J. R., "Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas", *Letras Libres*, México, núm. 112, abril de 2008.
- FINKIELKRAUT, Alain, *La sabiduría del amor*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- HABERMAS, Jürgen y Ratzinger, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- LAFONT, Cristina, "Democracia y deliberación pública", en ARANGO, Rodolfo, *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2007.
- MARRADES PUIG, Ana I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*, España, Editorial Universidad de Valencia, 2002.
- SÁEZ LARA, Carmen. *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid, CES, 1994.
- SALAZAR CARRIÓN, Luis, *Educación, discriminación y tolerancia*, Cal y Arena, México, 2007.

2. Sitios de Internet

<https://dle.rae.es/laicidad>.

<https://dle.rae.es/laico>.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/24_171215.pdf.

<https://dle.rae.es/discriminaci%C3%B3n>.

<https://dle.rae.es/discriminar>.

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf.

<https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/ley%20Federal%20para%20Prevenir%20la%20Discriminaci%F3n%281%29.pdf>.

LA TUTELA; SU NOMBRAMIENTO, ANÁLISIS Y COMPARATIVA CON EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

Paola Tabata MUÑOZ HERRERA¹

I. Introducción. II. La tutela. III. Legislación extranjera y nacional. IV. La tutela. Análisis y comparativa con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. V. Conclusiones. VI. Fuentes de información.

I. INTRODUCCIÓN

La institución de la tutela, como figura legal destinada a proteger los intereses y derechos de personas en situación de vulnerabilidad, ha sido objeto de estudio y análisis desde diversas disciplinas, tales como el derecho y la psicología. En el presente trabajo, nos proponemos explorar esta institución desde una perspectiva interdisciplinaria, abordando aspectos conceptuales, comparativos de legislaciones nacionales e internacionales, y proponiendo posibles reformas que fortalezcan nuestro sistema legal en concordancia con los principios de derechos humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el primer capítulo, examinaremos el concepto de tutela desde las perspectivas jurídica y psicológica, analizando los roles y responsabilidades de las personas involucradas, así como las implicaciones que esta institución tiene en la vida de quienes se encuentran bajo su amparo. Abordaremos cómo estas disciplinas convergen y divergen en su comprensión y aplicación de la tutela, proporcionando una visión integral de esta importante figura legal.

En el segundo capítulo, realizaremos una comparación entre las legislaciones nacional e internacional en materia de tutela, con el objetivo de identificar elementos que puedan fortalecer nuestro sistema legal y garantizar una protección efectiva de los derechos de las personas tuteladas. Nos detendremos en analizar cómo estas diferencias y similitudes pueden influir en los tiempos de resolución y la eficacia del sistema legal en casos de tutela.

Finalmente, en el tercer capítulo, presentaremos una propuesta de reforma al código adjetivo y sustantivo, basada en un análisis crítico de la legislación vigente y del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Esta propuesta buscará garantizar una mayor protección de los derechos de las personas con discapacidad, así como una

¹ Licenciada, Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), abogada postulante y activista por los derechos de los animales y de la naturaleza, actualmente se encuentra estudiando la especialidad en derecho familiar en la UNAM.

mayor eficiencia y celeridad en la resolución de los casos de tutela, asegurando siempre el respeto a la autonomía y dignidad de las personas tuteladas.

II. LA TUTELA

La tutela implica la responsabilidad y autoridad de una persona (llamada tutor) para cuidar y tomar decisiones en nombre de otra persona que no puede hacerlo por sí misma (llamada pupilo).

1. *La tutela desde una perspectiva psicológica*

Desde esta disciplina se abordará el concepto de tutela y los efectos que brindan para una comparativa eficaz con el derecho, así como los beneficios o posibles conflictos que se generen durante su ejercicio.

A. Definición de tutela

La Organización Mundial de la Salud (OMS), define que la salud mental es:

El bienestar que una persona experimenta como resultado de su buen funcionamiento en los aspectos cognitivos, afectivos y conductuales, y en última instancia el despliegue óptimo de sus potencialidades individuales para la convivencia, el trabajo y la recreación².

Ahora bien, la misma OMS define como enfermedad mental, lo siguiente:

Alteración de tipo emocional, cognitivo y/o comportamiento, afectando procesos psicológicos básicos; emoción, motivación, cognición, conciencia, conducta, percepción, sensación, aprendizaje, lenguaje, etc. Lo que dificulta a la persona su adaptación al entorno cultural y social creando una forma de malestar subjetivo³.

Para la licenciada Susana Salgado Jiménez⁴, lo define como:

Cuidador primario, quién es el encargado de atender y acompañarlo a consulta médica, salvo ocasiones muy aisladas, en las cuales han tenido que pedir permiso para ausentarse en sus trabajos; Persona que se dedica a cuidar a familiares enfermos o incapaces.

También diversos autores, mencionan que la persona cuidadora debe ponderar y privilegiar:

² Gómez Sigala, Claudia y Miranda Vázquez, Keyla, "Calidad de vida del enfermo mental en el municipio de Jalpa zacatecas", *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, núm. 1, 2020, <https://www.iztacala.unam.mx/carreras/psicologia/psiclin/vol23num1/Vol23No1 Art6. pdf>.

³ *Ibidem*, p. 112.

⁴ Salgado Jimenez, Susana, "Vivencias de la Familia del Enfermo Mental", p. 46, <https://revistas.unam.mx/index.php/cuidarte/article/view/69065>.

... las prácticas diarias, sus hábitos y horarios de comida, bañarse, hacer ejercicio, pueden evitar enfermedades crónicas degenerativas o generarlas, siendo la familia el primer contacto donde se desarrollan dichos estilos, sin embargo, cuando se ha diagnosticado una enfermedad de este tipo, también es la familia el principal vínculo que tiene el paciente para modificar, mantener o eliminar prácticas o costumbres dañinas o establecer nuevas⁵.

La convivencia también puede volverse más difícil. Las personas con enfermedades mentales pueden experimentar cambios de humor, comportamientos impredecibles o crisis asociadas a su enfermedad. Esto puede generar tensiones y conflictos en el hogar, afectando la comunicación y las relaciones familiares.

Es importante reconocer que convivir con un enfermo mental puede ser un desafío considerable para la familia.

Es fundamental buscar apoyo profesional y educarse sobre la enfermedad para poder manejar de manera adecuada las situaciones que puedan surgir. La comprensión, la empatía y el amor son elementos clave para mantener la estabilidad y el bienestar en el núcleo familiar en estas circunstancias.

Por otro lado, la licenciada Lara, Gonzalez y Banco, considera que algunos de los aspectos de mayor impacto que tienen los cuidadores son:

... el cuidar de una persona mayor dependiente, se ha asociado con mayor probabilidad de padecer ciertos problemas psicológicos, como depresión, baja satisfacción con la vida, estrés, fatiga, soledad, enojo, tristeza. Muchos cuidadores se centran en el cuidado de su dependiente desatendiéndose a sí mismos, dejando de lado aspectos tales como su participación social, la realización de tareas de recreación, lo que les acarrea consecuencias negativas para su salud y bienestar⁶.

Convivir con un enfermo mental dentro del núcleo familiar puede tener un profundo impacto en el ritmo de vida y en las dinámicas familiares.

La familia, como red inmediata de apoyo, se ve directamente afectada por la enfermedad del paciente y, en consecuencia, experimenta una serie de cambios significativos.

En primer lugar, la negación puede ser una reacción común al principio. La familia puede tener dificultades para aceptar la realidad de la enfermedad mental, lo que puede

⁵ Gonzalez Castro, Uriel y Reyes Luna, Adriana Guadalupe, "Algunos aspectos del proceso que viven los cuidadores primarios de un enfermo crónico degenerativo", *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, 2012, vol. 15, núm. 2, p. 63, <https://www.iztacala.unam.mx/carreras/psicologia/psiclin/vol15num2/Vol15No2Art15.pdf>.

⁶ Lara Gonzalez, Gabriela, "Perfil del cuidador; sobrecarga y apoyo familiar e institucional del cuidador primerio en el primer nivel de atención", *Revista de Especialidades Médico-Quirúrgicas*, pp. 156-166.

generar tensiones y conflictos internos. Esta negación puede dificultar el acceso a la ayuda y al tratamiento adecuado para el paciente.

B. Personas sujetas de tutela y personas que ejercen la tutela

Además, el cambio de roles es inevitable. Los miembros de la familia pueden encontrarse asumiendo responsabilidades que antes no tenían, como cuidar del paciente, administrar su tratamiento o lidiar con situaciones de crisis. Esto puede generar estrés y desequilibrio en la dinámica familiar, especialmente si no se cuenta con los recursos y el apoyo necesarios.

Las personas que se consideran como incapaces de acuerdo con la bioética y salud mental, se define como:

... aquella persona con una salud humana en ocasiones no recibe la atención que requiere a pesar de abarcar problemas de gran magnitud, algunos de los cuales alcanzan dimensiones que constituyen problemas de salud pública, tales como la depresión, otras formas de patología psiquiátrica y un gran número de padecimientos psicosociales, entre los que se encuentran las adicciones⁷.

Para diversos psicólogos, las personas que son susceptibles de un cuidado especial son aquellos seres humanos diagnosticados como mental o emocionalmente perturbados⁸.

Las personas que deben ostentar su cuidado principalmente recae en su familia, posterior el gobierno; las instituciones públicas o privadas especializadas y cualquier persona asistencialista, no obstante, es una tarea ardua y muy demandante para aquel miembro familiar o de amistad, atentando contra su propia vida en un aspecto mental y físico, por ende, es que el nivel de estrés y complicación aumenta atendiendo que se idealiza como un apoyo irrenunciable dentro del círculo familiar, permeando que el estrés que conlleva dicha responsabilidad es extenuante para aquellos que la ejercen, y que en la gran mayoría de los casos, son los papás o hermanos, pues de lo contrario, sería una persona con vocación para realizar la actividad completa y eficaz; con la finalidad de cumplir su labor y no descuidar al pupilo en todas sus necesidades.

Se requiere plantear un abordaje psicológico del cuidador informal dentro de las políticas públicas de discapacidad, para promover el cuidado al cuidador. Es fundamental vincular a las personas cuidadoras a redes sociales de apoyo presentes

⁷ "Bioética y salud mental", https://psicologia.iztacala.unam.mx/psi_bioetica_biosalud.php, fecha de consulta 29 de febrero 2024.

⁸ Abeijón Fernández, María, "Ética y salud mental, cuadernos de bioética", 1999, p. 634, <http://aebioetica.org/revistas/1999/4/40/632.pdf>, fecha de consulta 29 de febrero 2024.

en los diferentes entornos (social, político, educativo) lo que tendrá efectos positivos en su salud física y mental⁹.

2. La tutela desde una perspectiva jurídica

El proceso de tutela generalmente implica la intervención de un tribunal, que determina si una persona necesita un tutor y quién sería la persona adecuada para desempeñar ese papel. El tutor tiene la responsabilidad de actuar en el mejor interés del tutelado y de proteger sus derechos y bienestar en áreas como la educación, la salud, las finanzas y otras decisiones importantes de la vida diaria.

A. Definición de tutela

Las funciones de tutor son la guarda y custodia del menor o incapaz, así como su protección, educación, asistencia, alimentación y rehabilitación, cuando éste no tiene ascendientes o cuando éstos no pueden cumplir con el ejercicio de la patria potestad¹⁰.

Ahora bien, para el licenciado Ricardo Couto, la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que, no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal o solo la segunda para gobernarse por sí mismos¹¹.

La tutela es un mecanismo legal diseñado para proteger y cuidar de las personas que no pueden cuidar de sí mismas, asegurando que sus necesidades sean atendidas y que se respeten sus derechos.

Una función muy principal del Estado es la de velar por aquellos individuos que, por su corta edad, o por el defectuoso desarrollo de sus facultades mentales, no tiene plena conciencia de sus actos, y que, por lo mismo, no pueden conducirse por sí mismos¹².

B. Personas sujetas de tutela y personas que ejercen la tutela

Las relaciones entre tutor y pupilo no se crean, modifican, o extinguen en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Tanto el tutor como el curador o el juez que

⁹ García Cantillo, Clara, *Abordaje psicológico de los cuidadores informales de discapacidad: una mirada desde el análisis documental de la normatividad colombiana*, Sociedad Venezolana de Farmacología Clínica y Terapéutica, 2021, <https://www.redalyc.org/journal/559/55969711018/html/>, fecha de consulta 29 de febrero 2024.

¹⁰ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, Capítulo Decimotercero, 3ª. ed., México, Nostra Ediciones, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, Colección Cultura Jurídica, p. 161, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/15.pdf>, fecha de consulta 29 de febrero 2024.

¹¹ Couto, Ricardo, *Derecho Civil mexicano. De las personas*, 3ª. ed., México, La Vasconia, t. I, p. 160, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1110/16.pdf>, fecha de consulta 29 de febrero 2024.

¹² Cuota Ricardo, *Derecho Civil mexicano. De las personas*, 3ª. ed., México, La Vasconia, t. III, p. 5, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1112/2.pdf>, fecha de consulta 29 de febrero 2024.

conoce de la tutela, cumplen deberes y ejercen poderes en función de una situación jurídica, que la ley ha tomado en cuenta para llamarlos al cumplimiento de las funciones tutelares¹³.

Para la licenciada Pérez Contreras María de Montserrat:

Quedan sujetos a tutela:

- Los menores de edad.
- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de discapacidad, ya sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismas o por algún medio que lo supla.

Ejercen la tutela:

- Las personas físicas pueden ejercer el cargo de tutores o curadores respecto de tres personas incapaces.
- Las personas morales, sin fines de lucro, cuyo objeto es la protección y atención de las personas con discapacidad, podrán ejercer la tutela de personas mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de discapacidad, ya sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismas¹⁴.

También la misma autora refiere que existen impedimentos para ejercer el cargo de tutor tales como:

Los cargos de tutor y curador no se pueden ejercer por una misma persona simultáneamente.

- a) Tampoco por persona que tengan parentesco entre sí, en cualquier grado de la línea recta o hasta el cuarto grado de la colateral.
- b) No pueden ser nombrados tutores o curadores:
 - 1) Las personas que se desempeñen en los juzgados de lo familiar.
 - 2) Las que integren los consejos locales de tutelas.

¹³ Hernandez Rolando, Carlos, *Derecho de Familia*, México, Rubinzal-Culoni, 1984, t. II, p. 304, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1778/16.pdf>, fecha de consulta 29 de febrero 2024.

¹⁴ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, Capítulo Decimotercero, 3ª. ed., México, Nostra Ediciones, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, Colección Cultura Jurídica, p. 161 y 162, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/15.pdf>, fecha de consulta 29 de febrero 2024.

- 3) Las personas que tengan parentesco de consanguinidad con las personas que laboran o integran los juzgados de lo familiares o los consejos locales de tutelas, respectivamente, en cualquier grado de la línea recta o hasta el cuarto grado colateral¹⁵.

III. LEGISLACIÓN EXTRANJERA Y NACIONAL

En este capítulo nos enfrentaremos al derecho comparado y en específico a ciertas legislaciones extranjeras a efecto de identificar concepto y nombramiento para que, posterior a ello, lo confrontemos con la legislación en México.

1. *Derecho internacional sobre la regulación de la tutela*

Es cierto que las legislaciones internacionales proporcionan un marco de referencia importante para comprender y contextualizar las figuras legales como la tutela. Al analizar las disposiciones internacionales relacionadas con la tutela, podemos identificar tendencias, mejores prácticas y principios fundamentales que pueden ser relevantes para el desarrollo y la implementación de la legislación nacional.

Al comparar las disposiciones internacionales con la legislación nacional, podemos identificar áreas de convergencia y divergencia, así como oportunidades para fortalecer y mejorar el sistema legal nacional en materia de tutela. Esto nos permitirá aprovechar las mejores prácticas y lecciones aprendidas de otros países para garantizar una tutela efectiva y respetuosa de los derechos humanos en nuestro contexto específico.

A. *Generalidades y nombramiento de tutor en Chile*

En el país de Chile en su legislación civil en su Artículo 338 al 353 nos da una definición de tutela, incluso nos mencionan sobre los efectos y alcances que implica esta figura, mismos que refieren lo siguiente:

Artículo 338. Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores.

Artículo 340. La tutela y las curadurías generales se extienden no solo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ellas.

Artículo 341. Están sujetos a tutela los impúberes.

¹⁵ *Idem*, p. 165.

Artículo 342. Están sujetos a curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Artículo 343. Se llaman curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que está por nacer.

Artículo 344. Se llaman curadores adjuntos los que se dan en ciertos casos a las personas que están bajo potestad de padre o madre, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada.

Artículo 345. Curador especial es el que se nombra para un negocio particular.

Artículo 346. Los individuos sujetos a tutela o curaduría se llaman pupilos.

Artículo 351. Si el tutor o curador, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador, podrá el juez acceder, habiendo oído sobre ello a los parientes del pupilo y al respectivo defensor.

El juez dividirá entonces la administración del modo que más conveniente le parezca.

Artículo 352. Si al que se halla bajo tutela o curaduría se hiciere una donación, herencia o legado, con la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación, herencia o legado se administren por una persona que el donante o testador designa, se accederá a los deseos de estos; a menos que, oídos los parientes y el respectivo defensor, apareciere que conviene más al pupilo repudiar la donación, herencia o legado, que aceptarlo en esos términos.

Si se acepta la donación, herencia o legado, y el donante o testador no hubiere designado la persona, o la que ha sido designada no fuere idónea, hará el magistrado la designación.

Artículo 353. Las tutelas o curadurías pueden ser testamentarias, legítimas o dativas.

Son testamentarias las que se constituyen por acto testamentario.

Legítimas, las que se confieren por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo.

Dativas, las que confiere el magistrado.

Sigue las reglas de la guarda testamentaria la que se confiere por acto entre vivos, según el Artículo 360.

En ese sentido, se aprecia que en Chile al igual que en nuestro país, la tutela es aquella figura que se define como aquel cuidador de un incapaz, que en su legislación lo nombran “impúberes o menores adultos”.

Los efectos de la tutela abarcan sobre el cuidado personal del pupilo, así como sobre sus bienes, máxime que la legislación también nos otorga las excusas que pueden suscitarse para que las personas nombradas en cuanto a su tipología y causas o motivos para prescindir de la función encomendada.

Respecto a su nombramiento y el procedimiento para efectuarla va de los Artículos 838 al 865 del Código de Procedimientos Civiles de la República de Chile, mismos que nos infieren que:

Título VI

DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES Y DEL DISCERNIMIENTO DE ESTOS CARGOS

Del nombramiento de tutores y curadores

Artículo 838. (1017). Cuando haya de procederse al nombramiento de tutor o curador legítimo para un menor, en los casos previstos por el Código Civil, se acreditará que ha lugar a la guarda legítima, que la persona designada en la que debe desempeñarla en conformidad a la ley, y que ella tiene las condiciones exigidas para ejercer el cargo.

Artículo 839. (1018). Para conferir la tutela o curaduría legítima del menor a su padre o madre legítimos o a los demás ascendientes de uno u otro sexo, procederá el tribunal oyendo sólo al defensor de menores.

En los demás casos de tutela o curaduría legítima, para la elección del tutor o curador oirá el tribunal al defensor de menores y a los parientes del pupilo.

Al defensor de menores se le pedirá dictamen por escrito; pero si ha de consultarse a los parientes del pupilo, bastará que se les cite para la misma audiencia a que deben éstos concurrir, en la cual será también oído el defensor.

La notificación y audiencia de los parientes tendrán lugar en la forma que establece el Artículo 689.

Artículo 840. (1019). Cuando haya de nombrarse tutor o curador dativo, se acreditará la procedencia legal del nombramiento, designando el menor la persona del curador si le corresponde hacer esta designación (...).

Artículo 841. (1020). Pueden en todo caso provocar el nombramiento de tutor el defensor de menores y cualquiera persona del pueblo, por intermedio de este funcionario. Si el nombramiento de curador dativo no es pedido por el menor sino por otra de las personas que según la ley tienen derecho a hacerlo, se notificará a aquél para que designe al que haya de servir el cargo, cuando le correspon-

da hacer tal designación, bajo apercibimiento de que ésta se hará por el tribunal si el menor no la hace en el plazo que al efecto se le fije.

Artículo 842. (1021). En los casos del Artículo 371 del Código Civil, pueden los tribunales nombrar de oficio tutor o curador interino para el menor.

No es necesaria para este nombramiento la audiencia del defensor de menores ni la de los parientes del pupilo.

Artículo 843. (1022). Declarada por sentencia firme la interdicción del disipador, del demente o del sordomudo, se procederá al nombramiento de curador, en la forma prescrita por el Artículo 839.

Pueden pedir este nombramiento el defensor de menores y las mismas personas que, conforme a los Artículos 443, 444 y 459 del Código Civil, pueden provocar el respectivo juicio de interdicción.

Declarada la interdicción provisional, habrá lugar al nombramiento de curador, conforme a las reglas establecidas en el Código Civil.

Artículo 854. (1033). El decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo, se reducirá a escritura pública, la cual será firmada por el juez que apruebe o haga el nombramiento.

No es necesaria esta solemnidad respecto de los curadores para pleito o ad litem, ni de los demás tutores o curadores, cuando la fortuna del pupilo sea escasa a juicio del tribunal. En tales casos servirá de título la resolución en que se nombre el guardador o se apruebe su designación.

Salvo las excepciones establecidas en el inciso precedente, sólo se entenderá discernida la tutela o curaduría desde que se otorgue la escritura prescrita en el inciso 1º de este Artículo.

B. Generalidades y nombramiento de tutor en España

En el presente observaremos el Código Civil de España, desde el numeral 199 al 236, que en resumen y los Artículos más sobresalientes nos mencionan que:

Artículo 199.

Quedan sujetos a tutela:

1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo.

2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

Artículo 200.

Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las medidas y disposiciones previstas en el Artículo 158 podrán ser acordadas también por la autoridad judicial en todos los supuestos de tutela de menores, en cuanto lo requiera el interés de estos.

Si se tratara de menores que estén bajo la tutela de una entidad pública, estas medidas solo podrán ser acordadas por la autoridad judicial de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o del propio menor. La entidad pública será parte en el procedimiento y las medidas acordadas serán comunicadas a esta, que dará traslado de dicha comunicación al director del centro residencial o a la familia acogedora.

Artículo 202.

Las designaciones a que se refiere el Artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la tutela, salvo que el interés superior del menor exija otra cosa, en cuyo caso dictará resolución motivada.

Artículo 205.

El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor podrá establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerlas. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor.

Artículo 206.

Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Artículo 208.

La autoridad judicial constituirá la tutela mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites previstos legalmente.

Artículo 211.

Podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los Artículos siguientes.

Artículo 213.

Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1.º A la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial.

2.º Al ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial.

Excepcionalmente, en resolución motivada, se podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el interés superior del menor así lo exigiere.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.

Artículo 217.

La autoridad judicial no podrá nombrar a las personas siguientes:

1.º A quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado.

2.º A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela.

3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona.

5.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela.

2. Derecho Nacional sobre la regulación de la tutela

En nuestra legislación, nos brinda los elementos suficientes para garantizar la tutela, entendida como un mecanismo legal diseñado para proteger a las personas que no pueden cuidar de sí mismas o de sus bienes. Su regulación en la legislación civil busca garantizar una protección efectiva para los más vulnerables de la sociedad, misma que se apreciará en el presente apartado.

Quisiera iniciar con la definición de persona incapaz, conforme al numeral 450 del Código Civil de la Ciudad de México, que refiere lo siguiente:

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

A. Generalidades y nombramiento de tutor en el Código de Procedimientos Civiles de la CDMX

Ahora bien, el nombramiento de tutor:

Artículo 902. Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella. La declaración del estado de minoridad, o de incapacidad por las causas a las que se refiere la fracción II del Artículo 450 del Código Civil, pueden pedirse: 1º. por el mismo menor si ha cumplido 16 años; 2º. por su cónyuge; 3º. por sus presuntos herederos legítimos; 4º. por su albacea; 5º. Por el Ministerio Público; 6º. por la institución pública o privada, de asistencia social que acoja al hijo o hijos del presunto incapaz.

Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil.

Artículo 903. Si a la petición de declaración de minoridad se acompaña la certificación del Registro Civil, se hará la declaración de plano. En caso contrario, se citará inmediatamente a una audiencia dentro del tercer día, a la que concurrirán el menor si fuere posible y el Ministerio Público.

En ella con o sin la asistencia de éste, y por las certificaciones del Registro Civil si hasta ese momento se presentaron, por el aspecto del menor y a falta de aquéllas o de la presencia de éste, por medio de información de testigos, se hará o denegará la declaración, correspondiente.

Artículo 904. La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que refiere el Artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal; se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

II. Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente. Dicho examen se hará en presencia del juez previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.

III. Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este Artículo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo que será de tramitación inmediata.

IV. Dictadas las providencias que establecen las fracciones anteriores se procederá a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos que los señalados por la fracción.

II. En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.

V. Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia, en la cual, si estuvieren conformes el Tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya declarado la interdicción, ésta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la Tutela, en los términos enunciados en el segundo párrafo del Artículo 462 del Código civil para el Distrito Federal.

Si en dicha audiencia hubiera oposición de parte, se substanciará un Juicio Ordinario con intervención del Ministerio Público.

Artículo 905. En el juicio ordinario a que se refiere el Artículo anterior, se observarán las siguientes reglas:

I. Durante el procedimiento subsistirán las medidas decretadas conforme al Artículo anterior y se podrán modificar por cambio de circunstancias o por la aportación de nuevos datos que funden su conveniencia;

II. El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino;

III. El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de dos médicos o psicólogos, por lo menos, preferentemente de instituciones de salud oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del Juez, con citación de las partes y del Ministerio Público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

IV. Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes

del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el autor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

V. Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor o en el caso de excepción, los cargos de tutores definitivos, delimitando su responsabilidad de acuerdo con la ley.

VI. El tutor interino deberá rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.

VII. Las mismas reglas en lo conducente se observarán para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.

VIII. El que dolosamente promueva juicio de incapacidad, será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasione, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia.

Artículo 906. Todo tutor cualquiera que sea su clase debe aceptar previamente y prestar las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna el cargo, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente.

El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En igual término debe proponer su impedimento o excusas, disfrutando un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.

Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento o la causa legal de excusa.

La aceptación o el lapso de los términos, en su caso, importan renuncia de la excusa.

Artículo 907. El menor podrá oponerse al nombramiento de tutor hecho por la persona que no siendo ascendiente le haya instituido heredero o legatario, cuando tuviere dieciséis años o más.

Artículo 910. Dentro de los ocho primeros días de cada año, en audiencia pública con citación del consejo tutelar y del Ministerio Público, se procederá a examinar dicho registro y ya en su vista dictará las siguientes medidas.

B. Generalidades y nombramiento de tutor en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

Ahora bien, en los Artículos 445 al 455; y del 603 al 612 nos brindan las generalidades nuevas del nombramiento y personas designadas de apoyo extraordinario.

De la Designación de Apoyos Extraordinarios

Artículo 445. Todas las personas mayores de edad tienen capacidad jurídica plena. El código civil respectivo regulará las modalidades en que las personas puedan recibir apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, que son formas de apoyo que se prestan a la persona para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, y la manifestación de la voluntad.

Puede ser objeto de apoyo cualquier acto jurídico, incluidos aquellos para los que la ley exige la intervención personal del interesado. Nadie puede ser obligado a ejercer su capacidad jurídica mediante apoyos, salvo lo señalado en el Artículo siguiente.

Artículo 446. La autoridad jurisdiccional, en casos excepcionales, puede determinar los apoyos necesarios para personas de quienes no se pueda conocer su voluntad por ningún medio y no hayan designado apoyos ni hayan previsto su designación anticipada. Esta medida únicamente procederá después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para conocer una manifestación de voluntad de la persona, y de haberle prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

Si se hubiere realizado una designación anticipada de apoyos, se estará a su contenido.

El procedimiento para la designación extraordinaria de apoyos se llevará a cabo ante autoridad jurisdiccional civil o familiar, en su caso, en forma sumaria en una audiencia oral en los términos de este Código Nacional.

Es dable, reiterar que como lo observamos en el capítulo segundo del presente proyecto, las personas de apoyo (antes identificadas como tutores) deben ser de igual manera nombradas por autoridad, considerando la cercanía con el pupilo y la necesidad de la circunstancia, tal y como lo observaremos en los Artículos que más adelante se aprecian.

Artículo 447. La autoridad jurisdiccional determinará la persona o personas de apoyo, sobre la base de la voluntad y preferencias de la persona manifestadas previamente y, de no existir, determinará la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ellas y la persona apoyada, escuchando la opinión del Ministerio Público o autoridad competente en la Entidad Federativa. De no existir ninguna de las personas anteriores, o cuando ninguna acepte el cargo,

se designará a una persona física o moral del registro de personas morales que provean apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, de conformidad con la regulación del código civil respectivo.

Artículo 448. Cualquier persona podrá solicitar la designación judicial extraordinaria de apoyo; corresponderá a la autoridad jurisdiccional allegarse de la información necesaria con base en:

- I. La imposibilidad de conocer la voluntad, preferencias, medio, modo y formato de comunicación;
- II. El riesgo para la salvaguarda de los derechos, el patrimonio, la integridad personal o la vida, y
- III. La realización de esfuerzos reales, considerables y pertinentes, incluyendo la implementación de ajustes razonables, para que la persona manifestara su voluntad y preferencias, sin que éstos resultaran eficaces.

Artículo 450. La persona judicialmente designada como apoyo tendrá la encomienda de realizar su mandato de acuerdo con la mejor interpretación posible de lo que fuera la voluntad y preferencias de la persona, de conformidad con las fuentes conocidas de información que resulten pertinentes, incluida la trayectoria de vida de la persona, sus valores, tradiciones y creencias, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, y tecnologías presentes o futuras.

La persona designada judicialmente como apoyo está obligada a hacer esfuerzos constantes, dentro de sus posibilidades, durante su encargo para conocer la voluntad y preferencias de la persona apoyada.

Del Nombramiento de Personas Tutoras y Curadoras

Artículo 603. Toda persona tutora cualquiera que sea su clase debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los tres días que sigan a la notificación de su nombramiento; en igual término debe proponer su impedimento o excusa.

Tanto las personas tutoras como curadoras aceptarán los cargos y protestarán su leal desempeño ante la autoridad jurisdiccional de primera instancia en materia familiar que los nombró.

Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurrieren después de la aceptación de la tutela o curatela, los términos correrán desde el día en que la persona tutora o curadora conoció el impedimento o la causa legal de excusa.

La aceptación o el lapso de los términos, en su caso, importan renuncia de la excusa.

Artículo 604. La persona designada, dentro de los diez días que sigan a su aceptación, debe prestar las garantías exigidas por la legislación sustantiva de cada Entidad Federativa, a no ser que lo exceptuaren expresamente.

Artículo 608. Dentro del primer mes de cada año, en audiencia pública con citación del Consejo Local de Tutelas, Procuraduría de Protección para Niñas, Niños y Adolescentes, del Representante de la Institución análoga de la Entidad Federativa de que se trate, así como del Ministerio Público de la adscripción, se procederá a examinar dicho registro y ya en su vista, recibirá la rendición de cuentas, la exhibición del informe médico y dictará las medidas que estime pertinentes:

I. ...

II. ...

III. En dicha audiencia pública la persona tutora con la conformidad de la persona curadora presentará un informe sobre el desarrollo de la persona sujeta a tutela y de manera obligatoria un certificado de salud de dos profesionistas en materia de medicina general, así como un certificado de salud de dos personas médicos de la especialidad respectiva;

IV. A la audiencia indicada deberá presentarse la persona tutora o curadora, en compañía de su pupilo si sus condiciones de salud así lo permiten, para que en ese acto exprese lo que considere pertinente y la autoridad jurisdiccional se cerciore del estado que guardan éstas y tome las medidas que estime necesarias para mejorar su condición;

V. Dentro de la misma diligencia la persona tutora, deberá rendir cuenta detallada de su administración como lo preceptúa el Código Civil o Familiar de cada Entidad Federativa, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo u otorgado la encomienda. La falta de presentación de la cuenta en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción de la persona tutora.

IV. LA TUTELA. ANÁLISIS Y COMPARATIVA CON EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

1. Precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

El cuaderno de jurisprudencia número 5 “Derechos de las personas con discapacidad” de la SCJN nos refiere que es fundamental que la sociedad tome conciencia sobre las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad, así como sobre sus derechos y dignidad. Esto implica luchar activamente contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas que puedan existir en todos los aspectos de la vida.

Además de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su enfoque en el modelo social de la discapacidad, es necesario que se implementen medidas

concretas a nivel local, nacional e internacional para promover la inclusión y la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Estas medidas pueden incluir políticas públicas orientadas a la accesibilidad, la educación inclusiva, la eliminación de barreras arquitectónicas y comunicativas, la promoción de la empleabilidad y la participación en la vida social, entre otras.

Además, es importante fomentar la sensibilización y la educación en la sociedad en general, así como la formación especializada para profesionales en diferentes campos, para garantizar que se respeten los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida.

En resumen, cambiar el imaginario colectivo y promover una sociedad inclusiva y respetuosa hacia las personas con discapacidad requiere de un compromiso conjunto de la sociedad en su conjunto, así como de la implementación de medidas concretas y políticas públicas que garanticen la igualdad de oportunidades y el pleno ejercicio de los derechos de todas las personas, independientemente de su condición de discapacidad.

El criterio de las jurisprudencias denominadas:

PERSONA CON DISCAPACIDAD. LOS APOYOS PARA LA VIDA INDEPENDIENTE Y LA INCLUSIÓN EN LA COMUNIDAD, DEBEN SER CONSENTIDOS POR ELLA¹⁶.

PERSONA CON DISCAPACIDAD. LOS APOYOS PARA LA VIDA INDEPENDIENTE Y LA INCLUSIÓN EN LA COMUNIDAD, DEBEN SER CONSENTIDOS POR ELLA¹⁷.

Nos explica que una persona de apoyo es aquel mecanismo que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) prevé con la finalidad total de facilitar que la persona con discapacidad pueda hacer efectivos todos sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas y sin discriminación.

El propósito fundamental de contar con una persona de apoyo es garantizar que las personas con discapacidad tengan las mismas oportunidades que las personas sin discapacidad para participar plenamente en la sociedad y ejercer sus derechos en ámbitos como la educación, el empleo, la salud, la vida independiente, la participación política, entre otros.

Es importante destacar que el apoyo proporcionado por una persona de apoyo debe respetar la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad, promoviendo su capacidad de tomar decisiones y ejercer su autodeterminación en la medida de lo posible. La CDPD reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a recibir el apoyo necesario

¹⁶ Tesis 1a./J. 144/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, diciembre de 2022, t. I, p. 995.

¹⁷ *Idem*.

para tomar decisiones y ejercer su capacidad jurídica en pie de igualdad con los demás, de acuerdo con sus preferencias y deseos.

Por ende, una persona de apoyo es un recurso fundamental para garantizar la inclusión y la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, permitiéndoles participar activamente en la sociedad y ejercer todos sus derechos humanos en condiciones de igualdad y no discriminación. A su vez, el sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, tal como lo describe, se basa en proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo necesario para que puedan expresar su voluntad de manera libre y auténtica en todos los aspectos de su vida que tengan implicaciones legales. Esto abarca desde el ejercicio de sus derechos y obligaciones hasta la toma de decisiones que afecten su situación legal o la adquisición de nuevos derechos o responsabilidades.

El propósito fundamental de este sistema es garantizar que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones y ejercer su capacidad jurídica de acuerdo con sus preferencias y deseos, fortaleciendo así su autonomía y libre autodeterminación en el ámbito legal. Es esencial que este tipo de apoyo esté diseñado para respetar los derechos y la voluntad de la persona con discapacidad, evitando cualquier conflicto de interés o influencia indebida.

Según lo establecido en el Artículo 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, este sistema de apoyo debe cumplir con ciertos principios y características. Ser proporcional y adaptado a las circunstancias específicas de la persona con discapacidad, aplicarse en el menor tiempo posible y estar sujeto a revisión periódica por parte de una autoridad judicial o un órgano competente, independiente e imparcial.

En resumen, el sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica busca garantizar que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en la vida legal y tomar decisiones autónomas, con el respaldo necesario para hacerlo de manera efectiva y respetando siempre sus derechos y preferencias individuales, tal y como nos lo aduce la jurisprudencia denominada:

ESTADO DE INTERDICCIÓN. SU CESE NO PUEDE ESTAR CONDICIONADO O SUEPEDITADO A QUE SE MANTENGA UN CONTROL MÉDICO DE LA CONDICIÓN DE SALUD MENTAL O PSICOSOCIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD¹⁸.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LAS FUNCIONES O ACTIVIDADES QUE SE ASIGNEN A UN SISTEMA DE APOYOS PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA DEBEN FACILITAR LA EXPRESIÓN LIBRE Y GENUINA DE SU VOLUNTAD EN TORNO

¹⁸ Tesis 1a./J. 141/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, diciembre de 2022, t. I, p. 989.

A TODOS LOS ACTOS DE SU VIDA CON TRASCENDENCIA JURÍDICA Y SER CONSENTIDAS POR ELLA¹⁹.

Exactamente, dentro del marco de respeto a la autonomía y la voluntad de las personas con discapacidad, cualquier medida relacionada con el control médico de su estado de salud debe estar plenamente justificada y contar con el consentimiento informado de la persona en cuestión. Esto implica que la persona con discapacidad tiene el derecho de decidir si desea recibir asistencia en materia de control médico y en qué aspectos específicos desea ser auxiliada por sus personas de apoyo.

Es fundamental que el proceso de toma de decisiones respecto al control médico del estado de salud de la persona con discapacidad sea completamente transparente y respetuoso de sus derechos y preferencias individuales. Esto implica que la persona con discapacidad debe ser plenamente informada sobre las implicaciones y los beneficios de recibir asistencia en el control médico, así como sobre cualquier medida propuesta en este sentido.

Además, es importante tener en cuenta que cualquier medida relacionada con el control médico debe ser proporcionada y adaptada a las necesidades y deseos específicos de la persona con discapacidad. Esto significa que el apoyo en materia de control médico debe ajustarse a las circunstancias individuales de cada persona y respetar su dignidad, autonomía y derecho a la autodeterminación. En resumen, la adopción de medidas referidas al control médico del estado de salud de una persona con discapacidad debe basarse en su solicitud y consentimiento informado, así como en el respeto absoluto de sus derechos y preferencias individuales, en línea con los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

No obstante, también se aprecia el contenido de la tesis respecto a que incluso los auxiliares de la justicia, como son los notarios deben realizar ajustes razonables, criterio obligatorio que se denomina:

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ES OBLIGACIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN SEDE NOTARIAL, A EFECTO DE HACER VIABLE EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PLENA DE AQUÉLLAS MEDIANTE UN SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS²⁰.

2. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

¹⁹ Tesis 1a./J. 140/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. I, p. 998.

²⁰ Tesis 1a. XXXVIII/2022 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. II, p. 1252.

1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Es cierto que la Suprema Corte, al igual que otras instituciones y la sociedad en general, está en un proceso de transición en cuanto al enfoque de la discapacidad. Si bien ha contribuido a la consolidación del modelo social de la discapacidad, aún existen sentencias que reflejan la coexistencia de los tres modelos de abordaje de la discapacidad: el médico, el social y el de derechos humanos.

En algunos casos, tanto la Corte como las partes involucradas pueden referirse a la discapacidad como una enfermedad o un diagnóstico, sin poner suficiente énfasis en las barreras sociales y ambientales que enfrentan las personas con discapacidad y que gene-

ran exclusión. Además, en ocasiones se pueden observar excepciones a la autonomía y al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sin una base objetiva clara para dicha distinción.

También es preocupante que en algunos casos se soliciten o valoren únicamente pruebas médicas para determinar la funcionalidad o capacidad de la persona con discapacidad, como si su dignidad humana o el reconocimiento de sus derechos dependieran únicamente de estos resultados. Es importante tener en cuenta que el enfoque de los derechos humanos y el modelo social de la discapacidad nos enseñan que la discapacidad no es solo una cuestión médica, sino que está influenciada por factores sociales, económicos y culturales que deben ser abordados para garantizar la plena inclusión y participación de las personas con discapacidad en la sociedad.

En este sentido, es necesario continuar trabajando para promover una mayor sensibilización y comprensión sobre la discapacidad y los derechos de las personas con discapacidad, así como para fomentar la aplicación coherente del enfoque basado en derechos humanos en todas las decisiones judiciales y políticas públicas relacionadas con la discapacidad. Esto implica reconocer y abordar las barreras sociales y ambientales que enfrentan las personas con discapacidad, así como garantizar su pleno acceso a la justicia y a todos sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas.

3. *Entrevista al Dr. Alejandro Zegbe Camarena, coordinador del CNPCYF*²¹

¿Por qué desaparece la figura de interdicción?

Libro Tercero denominado designación de personas de apoyo, regulado del Artículo 445 al 455 que regula dicha figura.

Ya no existe el estado de interdicción, pero en todos los códigos civiles de todas las entidades federativas ahí sigue y basta con que tú tengas lucidez esporádicamente para que te soliciten una declaratoria de interdicción. Hoy en día, la SCJN ha dicho que es inconstitucional la figura de la tutela en personas mayores de edad; y el CNPCYF ya no maneja estados de interdicción, maneja designación extraordinaria de apoyos solo cuando no puedas conocer la voluntad de la persona que tenga alguna disfuncionalidad, solo en ese momento puedes venir aquí a pedir un apoyo y el juez que va a supervisar y solicitar informes para otorgarlo, pero si se conoce la voluntad de la persona, desaparece el apoyo.

²¹ Día de la entrevista: 08 de marzo del 2024, por medio de plataforma "Zoom".

Ya no se habla de tutela atendiendo a la reforma futura que tendrán que hacer los Códigos civiles de las entidades federativas

Pues, aunque sea equivocado para su vida, se debe respetar atendiendo al Artículo 12 de la CNDPD; pues mandata al Estado Mexicano a reconocer la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad y que no es la disfuncionalidad lo que impide que la persona haga valer sus derechos sino ajustar para permitirles ejercer sus derechos plenamente.

4. *Propuesta de la correcta regulación del Nombramiento Persona de Apoyo o Salvaguardia regulado por el CNPCYF*

Esta reforma debería incluir los siguientes aspectos:

- Reconocimiento de la capacidad jurídica: Es fundamental que el sistema legal reconozca la capacidad jurídica de todas las personas, independientemente de su condición de discapacidad. Esto implica eliminar cualquier tipo de discriminación basada en la discapacidad y garantizar el pleno ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
- Apoyo para la toma de decisiones: Se deben establecer mecanismos de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica de manera efectiva y autónoma. Esto puede incluir la designación de personas de apoyo, la implementación de sistemas de apoyo en la toma de decisiones y la capacitación de profesionales en el área de apoyo a la capacidad jurídica.
- Respeto a las preferencias individuales: Es fundamental que el sistema de apoyo respete las preferencias individuales de cada persona con discapacidad. Esto implica tomar en cuenta sus deseos, valores y necesidades al proporcionar cualquier tipo de apoyo en la toma de decisiones.
- Supervisión y revisión periódica: El sistema de apoyo debe estar sujeto a supervisión y revisión periódica por parte de autoridades competentes e imparciales. Esto garantizará que se respeten los derechos y las preferencias de las personas con discapacidad en todo momento.

5. *Propuesta*

En ese sentido, se deberá adicionar y aclarar la fracción III del numeral 608 del CNPCYF a efecto de que quede como sigue:

Artículo 608. Dentro del primer mes de cada año, en audiencia pública con citación del Consejo Local de Tutelas, Procuraduría de Protección para Niñas, Niños

y Adolescentes, del Representante de la Institución análoga de la Entidad Federativa de que se trate, así como del Ministerio Público de la adscripción, se procederá a examinar dicho registro y ya en su vista, recibirá la rendición de cuentas, la exhibición del informe médico y dictará las medidas que estime pertinentes:

I ...

II ...

III.;

...

La fracción III deberá quedar como sigue:

III. En dicha audiencia pública la persona tutora con la conformidad de la persona curadora presentará un informe sobre el desarrollo de la persona sujeta a tutela y de manera obligatoria un certificado de salud de dos profesionistas alienistas; o psicología o psiquiatría, así como un certificado de salud de dos personas médicos de la especialidad respectiva antes mencionada;

Ahora bien, la aportación de mérito, también se amplía para reformar el Código Civil de la CDMX, respecto al Título Noveno denominado "De la Tutela" Capítulo I Disposiciones Generales, que deberán quedar como sigue:

TITULO NOVENO

De las Personas de Apoyo

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 449. El objeto de la (s) persona (s) de apoyo, es la guarda temporal de su persona y de sus bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

La (s) persona (s) de apoyo puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley de manera temporal o indefinida acorde a las necesidades de la voluntad del incapaz.

La (s) persona (s) de apoyo cuidará preferentemente de la integridad de la persona y de los bienes de los incapacitados.

Su capacidad jurídica; será respetada y garantizada por la Autoridad responsable, así como sus derechos, voluntad y las preferencias de la persona; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más

corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

La (s) persona (s) de apoyo o salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del Artículo 413.

Artículo 452. La (s) persona (s) de apoyo o salvaguardia es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima.

Artículo 453. El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de persona (s) de apoyo o salvaguardia, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.

Artículo 454. La (s) persona (s) de apoyo o salvaguardia se desempeñará por la persona que el Juez de lo Familiar determine judicialmente, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público.

Ningún pupilo puede tener más de dos tutores definitivos, salvo las excepciones a que se refiere el Artículo 455.

Artículo 455. La (s) persona (s) de apoyo o salvaguardia se ejercerá por una sola persona, excepto cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de aquel responsable de la persona y de los bienes.

Artículo 456. Las personas físicas podrán desempeñar el cargo de persona (s) de apoyo o salvaguardia o curador hasta de tres incapaces. Sí estos son hermanos o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse una sola persona (s) de apoyo o salvaguardia y curador a todos ellos, aunque sean más de tres.

Así sucesivamente hasta terminar el capítulo.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. El análisis comparativo entre el enfoque del derecho y el de la psicología respecto al concepto de tutela revela aspectos complementarios importantes. Mientras que el derecho proporciona un marco legal y definiciones precisas sobre quiénes pueden ser tutores y quiénes pueden ser tutelados; la psicología ofrece una perspectiva que se centra en las repercusiones personales y emocionales que puede tener el rol de tutor en la vida de quien lo desempeña. Es cierto que el derecho nos brinda elementos claros para comprender la estructura y funcionamiento de la tutela, pero la psicología nos recuerda que este sistema no solo impacta en la vida de la persona tutelada, sino también en la del tutor. El cuidado y la responsabilidad constante sobre alguien más pueden generar una carga emocional significativa en el tutor, lo que puede afectar su salud mental y física. Esto puede incluir la implementación de medidas de apoyo y recursos para los tutores, así como la promoción de sistemas de tutela que minimicen la carga emocional y promuevan el bienestar de todas las partes involucradas.

El enfoque interdisciplinario que considera tanto el marco legal como las repercusiones psicológicas de la tutela es fundamental para garantizar un sistema de protección efectivo y respetuoso de los derechos y la dignidad de todas las personas involucradas.

SEGUNDA. El análisis comparativo de las legislaciones internacionales, en este caso específico de Chile y España en relación con el sistema legal mexicano en lo que respecta a la tutela, proporciona una visión más amplia y profunda de las diferentes formas en que este instituto jurídico puede ser abordado y regulado. Al comparar y contrastar estas legislaciones, se pueden identificar tanto aspectos positivos que podrían ser adoptados o adaptados en el sistema mexicano, como áreas de mejora o aspectos que podrían ser modificados o delimitados.

En el caso de Chile, si su definición y regulación de la tutela proporciona mayores elementos y claridad en comparación con la legislación mexicana, podría ser beneficioso considerar la posibilidad de tomar dichos elementos para enriquecer y fortalecer el concepto de tutela en el marco legal mexicano. Esto podría contribuir a una mejor protección de los derechos y la dignidad de las personas bajo tutela, así como a una mayor eficacia y claridad en la aplicación de este instituto jurídico.

Por otro lado, al analizar el sistema español, que es similar al mexicano en algunos aspectos, se pueden identificar áreas de mejora o aspectos perfectibles en relación con la vida del tutor y sus efectos para ejercer la tutela. Esto podría incluir la implementación de

medidas de apoyo y recursos para los tutores, así como la consideración de su bienestar emocional y físico en la regulación de la tutela.

TERCERA. Por lo que respecta al tercer y último capítulo donde la de la voz, permite realizar una propuesta de reforma al código adjetivo como sustantivo, a efecto de que adelantarme y estar en igualdad de comparación con la CDPD y respetar la autonomía parcial o permanente que puede suscitarse en una persona incapaz, pues atendiendo a los derechos humanos garantizados por nuestra constitución y el tratado internacional invocado, así como los precedentes de la SCJN y las tesis esgrimidas, es importante crear un sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que busca garantizar que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en la vida legal y tomar decisiones autónomas, con el respaldo necesario para hacerlo de manera efectiva y respetando siempre sus derechos y preferencias individuales.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

ABEIJÓN FERNÁNDEZ, María, "Ética y salud mental, cuadernos de bioética", 1999, <http://ae-bioetica.org/revistas/1999/4/40/632.pdf>.

COUTO, Ricardo, *Derecho Civil Mexicano. De las personas*, 3ª. ed, México, La Vasconia, t. III, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1112/2.pdf>.

COUTO, Ricardo, *Derecho Civil mexicano. De las personas*, 3ª. ed, México, La Vasconia, t. I, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1110/16.pdf>.

GARCÍA CANTILLO, Clara, *Abordaje psicológico de los cuidadores informales de discapacidad: una mirada desde el análisis documental de la normatividad colombiana*, Sociedad Venezolana de Farmacología Clínica y Terapéutica, 2021, <https://www.redalyc.org/journal/559/55969711018/html/>.

GÓMEZ SIGALA, Claudia y MIRANDA VÁZQUEZ, Keyla, "Calidad de vida del enfermo mental en el municipio de Jalpa Zacatecas", *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, 2020, vol. 23, núm. 1, <https://www.iztacala.unam.mx/carreras/psicologia/psiclin/vol-23num1/Vol23No1Art6.pdf>.

GONZALEZ CASTRO, Uriel y REYES LUNA, Adriana Guadalupe, "Algunos aspectos del proceso que viven los cuidadores primarios de un enfermo crónico degenerativo", *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, 2012, vol. 15, núm. 2, <https://www.iztacala.unam.mx/carreras/psicologia/psiclin/vol15num2/Vol15No2Art15.pdf>.

HERNANDEZ ROLANDO, Carlos, *Derecho de Familia*, México, Rubinzal-Culoni, 1984, t. II., <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1778/16.pdf>.

LARA GONZALEZ, Gabriela, "Perfil del cuidador; sobrecarga y apoyo familiar e institucional del cuidador primario en el primer nivel de atención", *Revista de Especialidades Médico-Quirúrgicas*.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, Capítulo Decimotercero, 3ª. ed., México, Nostra Ediciones, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, Colección Cultura Jurídica, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/15.pdf>.

SALGADO JIMENEZ, Susana, "Vivencias de la Familia del Enfermo Mental", <https://revistas.unam.mx/index.php/cuidarte/article/view/69065>.

2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Código Civil de la República de Chile.

Código de Procedimientos Civiles de la República de Chile.

Código Civil del Gobierno de España; Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.

Código de Procedimientos Civiles del Gobierno de España.

3. Sitios de Internet

Semanario Judicial de la Federación.

https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/Cuadernillo%20Discapacidad_Final%20octubre.pdf.

https://psicologia.iztacala.unam.mx/psi_bioetica_biosalud.php.

<http://aebioetica.org/revistas/1999/4/40/632.pdf>.

BICENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1824

Gustavo Arturo ESQUIVEL VÁZQUEZ*

SUMARIO

I. *Introducción*. II. *1824*. III. *2024*. IV. *Conclusiones*. V. *Fuentes*.

RESUMEN

Se recuerda el bicentenario de la Constitución Federal de 1824, se presentan sus principales características y la situación en 2024.

ABSTRACT

Anniversary of first Mexican Constitution of 1824.

PALABRAS CLAVE

Constitución de 1824, Órgano Público Autónomo.

KEY WORDS

Mexican Constitution of 1824.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente año de 2024, se encuentran las efemérides del bicentenario de la emisión de dos textos constitucionales mexicanos primigenios: el *Acta constitutiva de la federación* y la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, con los que da inicio al orden constitucional mexicano.

Si bien es cierto que previamente a la emisión de ambos textos, con anterioridad se habían publicado algunas otras constituciones, como lo serían la de Cádiz de 1812 y la de Apatzingán en 1814, no menos cierto es que la primera es de la monarquía española y por ende no es mexicana y la otra es de un grupo insurgente que careció de eficacia en el ámbito nacional de lo que sería el estado mexicano que surgió en el concierto mundial de naciones hasta 1821.

Lo que motiva el presente texto, es el bicentenario de la emisión del texto constitucional que da origen al orden constitucional mexicano.

II. 1824

La historia oficial sobre la lucha emancipadora indica como fecha de su inicio el 16 de septiembre de 1810 y su conclusión el 27 de septiembre de 1821. Once años de lucha fratricida

* Integrante de los Claustros de Doctores en Derecho de los posgrados de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Panamericana.

que consumió vidas y bienes materiales de manera irremediable, que tuvo distintos signos ideológicos de sus participantes e incluso totalmente contradictorios, pues se inicia en 1810 aclamando al príncipe heredero Fernando VII y concluye en 1821 con la separación del imperio español.

En la búsqueda de un modelo de estado y de gobierno, los actores políticos de la época buscaron encontrar una solución y se plantearon opciones de Imperio o República, Federación o estado unitario.

Después de más de dos años del 28 de septiembre de 1821 en que se llevó a cabo la consumación y declaración de independencia por Agustín de Iturbide, así como la posterior firma del *Acta de la Independencia Mexicana* por él y treinta y cuatro personas más¹, es emitida el 31 de enero de 1824 el *Acta constitutiva de la federación* y posteriormente el 3 de octubre de 1824 es aprobada la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, la primera Constitución del Estado Mexicano.

El Congreso constituyente que las elaboraron se encontraba integrado entre otras personas por Mariano Michelena², Lorenzo de Zavala³; así como distintos diputados que habían participado en la confección de la Constitución de Cádiz de 1812, como Ramos Arizpe entre otros, de ahí que se haya tomado parte de su estructura y sus prácticas parlamentarias.

El Acta constitutiva de la federación, contemplaba principalmente lo siguiente:

- Forma de gobierno la de una república representativa popular federal;
- Religión única la católica, apostólica, romana;
- La nación mexicana se compone de lo que fue el virreinato de la Nueva España, la capitanía general de Yucatán y las Provincias internas de Oriente y Occidente;
- Un poder supremo de la federación, dividido para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial;
- Un congreso general dividido en Diputados y Senadores;
- Un poder judicial en una Corte Suprema de Justicia⁴.

¹ Resulta interesante conocer las vicisitudes y misterios que rodean al Acta de la Independencia, como lo es que no fue firmada por ningún insurgente, ni por O'Donoju, ni tampoco se firmó en esa fecha. Véase Del Arenal Fenochio, Jaime, "La Declaración y el Acta de Independencia, Una aclaración sobre el nacimiento de México en 1821", en la *Revista Relatos e historias en México*, año XVI, núm. 187, México, pp. 18-23; y Ávila, Alfredo, "Los firmantes, Los Padres de la Patria que no fueron", en la *Revista Relatos e historias en México*, año IX, núm. 102, México, pp. 67-71.

² Precursor de la Independencia en 1808.

³ Futuro amotinado de La Acordada en 1828, secesionista de Tejas y su primer vicepresidente.

⁴ Véase Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1995*, 19ª. ed. actualizada, México, Porrúa, 1995, pp. 153-161.

La primera Constitución contempla las anteriores características principales y se añaden las siguientes:

- En cuanto al territorio se precisa la integración de la Baja y la Alta California;
- Se indican las facultades del Congreso, de la Corte Suprema de Justicia y del presidente de los Estados Unidos Mexicanos;
- Se enlistan las restricciones y obligaciones de los Estados;
- Se precisa el sistema de reformas a la Constitución.

En opinión del reconocido constitucionalista Mateos Santillán:

De la Constitución Federal de 1824 se debe resaltar su acendrado espíritu federalista, de suerte que hoy en día [...] es difícil de entender que en 1824 los Estados de la federación legislaban en materia de derechos humanos, en educación y en general en prácticamente todos los ámbitos de la vida cotidiana, pues la federación tenía facultades extremadamente limitadas, casi nulas si se les compara con las que acumula hoy en día. En aquellos tiempos de la vigencia de la Constitución de 1824, las facultades de los poderes federales se restringían prácticamente a las relaciones internacionales, la defensa nacional, la hacienda pública federal y la administración de los territorios federales⁵.

La primera vigencia de esa Constitución no fue muy larga, únicamente doce años y meses, al abrogarse por las Siete Leyes Constitucionales en 1836, que suprime el sistema federal y añade un Supremo Poder Conservador.

Una carencia relevante de ese ordenamiento lo fue un capítulo de derechos de los gobernados, que apareció por primera vez en 1836 con la Primera de las Siete Leyes Constitucionales, carencia que se subsanó con la restauración de la Constitución federal en 1847, en que se añade un reconocimiento a los derechos de las personas.

III. 2024

En doscientos años, el país se ha regido por distintas constituciones y sus reformas: la de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, la de 1857 y la de 1917, ha sido una República Federal o Unitaria, con Vicepresidencia y sin ella, con y sin Senado.

La Constitución vigente en 2024, es evidentemente muy diferente a la promulgada hace 200 años, difícilmente existe un ordenamiento constitucional que continúe idéntico al de hace dos siglos, como por ejemplo la de los Estados Unidos de América contiene distin-

⁵ Mateos Santillán, Juan José, *Evolución del Derecho Constitucional Mexicano en Teoría de la Constitución*, 1ª. ed., México, Porrúa, 2003.

tas enmiendas y los diversos países que integran la comunidad internacional cuentan con ordenamientos constitucionales menos longevos.

Podría mencionarse que en lo básico perdura el sistema republicano, presidencialista y federal, pero se han incorporado importantes avances como lo es lo relativo a los derechos humanos, la elección directa, el voto universal y el de las mujeres, los órganos públicos autónomos, entre otros.

En lo concerniente a la impartición de justicia, se tendría que hace doscientos años se contemplaba un sistema de unicidad de jurisdicción, con una Corte Suprema de Justicia, actualmente distintos órganos jurisdiccionales que no pertenecen orgánicamente al Poder Judicial Federal realizan labores de administración de justicia, como lo son el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el Tribunal Superior Agrario, o el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

Estos Tribunales no se ubican en apartado constitucional reservado al Poder Judicial Federal y en cambio se encuentran contemplados en los diversos artículos 73, fracción XXIX-H, 27, fracción XIX, y 123, apartado B, fracción XII, de la Constitución vigente e incluso al Tribunal Federal de Justicia Administrativa se le considera un Ramo Autónomo⁶, según se aprecia del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2024⁷.

Las sociedades se transforman y evolucionan y con ellas sus ordenamientos jurídicos, sin embargo, siempre resulta valioso conocer su origen para comprender el presente.

IV. CONCLUSIONES

1. La primera Constitución de México es la de 1824 y establece un sistema federal y presidencialista, omitiendo un reconocimiento a los derechos de las personas.
2. Doscientos años después, la Constitución vigente contiene más disposiciones de carácter dogmático y orgánico, como lo son los derechos humanos, la elección directa, el voto universal y el de las mujeres, los órganos públicos autónomos, entre otros.

⁶ Para un análisis más amplio de la naturaleza del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, véase Esquivel Vázquez, Gustavo Arturo, *El Órgano Público Autónomo y el Tribunal Legislativo en México*, México, Porrúa, 2006.

⁷ Véase el Diario Oficial de la Federación de 25 de noviembre de 2023, Anexo 1, Apartado A: Ramos Autónomos, Ramo 32 Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

V. FUENTES

1. Bibliográficas

ESQUIVEL VÁZQUEZ, Gustavo Arturo, *El Órgano Público Autónomo y el Tribunal Legislativo en México*, México, Porrúa, 2006, ISBN 970-07-6447-8.

MATEOS SANTILLÁN, Juan José y *et al.*, *Evolución del Derecho Constitucional Mexicano en Teoría de la Constitución*, 1ª. ed., México, Porrúa, 2003, ISBN-970-07-4364-0.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1995*, 19ª. ed. actualizada, México, Porrúa, 1995, ISBN 968-432-011-6.

2. Hemerográficas

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "La Declaración y el Acta de Independencia, Una aclaración sobre el nacimiento de México en 1821", en la *Revista Relatos e historias en México*, año XVI, núm. 187, ISSN 2007-0616, México, pp. 18-23.

ÁVILA, Alfredo, "Los firmantes, Los Padres de la Patria que no fueron", en la *Revista Relatos e historias en México*, año IX, núm. 102, ISSN 2007-0616, México, pp. 67-71.

3. Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4. Informáticas

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

<http://www.dof.gob.mx>.

**VULNERACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE SEGURIDAD JURÍDICA
EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DERIVADOS DE LA
FISCALIZACIÓN DE LA CUENTA PÚBLICA 2016**

Alfonso VALVERDE ROSALES¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco jurídico del procedimiento de fiscalización y del procedimiento de responsabilidades administrativas. III. Vulneración al derecho humano de seguridad jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la reforma constitucional del 27 de mayo de 2015 en materia de combate a la corrupción se expidieron las leyes federales secundarias correspondientes, entre ellas, la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016 (LFRCF 2016) en la que se estableció una nueva organización de la Auditoría Superior de la Federación (ASF), se ampliaron sus atribuciones en materia de revisión y fiscalización de la Cuenta Pública y se le confirieron nuevas facultades para la investigación y calificación de faltas administrativas graves, así como para iniciar y substanciar los procedimientos administrativos de responsabilidades ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) con base en la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA).

Con la expedición de la LFRCF 2016 se abrogó la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009 (LFRCF 2009), lo cual trajo como consecuencia que el Procedimiento para el Fincamiento de Responsabilidades Resarcitorias ya no se encuentre vigente en nuestro marco jurídico y que por lo tanto, sean inexistentes las facultades de la ASF para imponer sanciones resarcitorias a los servidores públicos y particulares.

De modo que, al expedirse tanto la LFRCF 2016 y la LGRA el pasado 18 de julio de 2016 desaparecieron las responsabilidades resarcitorias al dejarse de iniciar y substanciar los

¹ Licenciatura en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestría en Administración Pública por la Universidad Latinoamericana (ULA). Especialidad en Sistema de Responsabilidad de los Servidores Públicos por el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM (En trámite). Especialidad en Derecho Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (En trámite). Certificación en Fiscalización Superior Profesional por la Auditoría Superior de la Federación. Experiencia profesional como auditor jurídico en la Auditoría Superior de la Federación, abogado en el Órgano Interno de Control de la Secretaría de Obras y Servicios de la CDMX, abogado en el Órgano Interno de Control del SUPERISSTE y como socio de la firma "Jurídico Valverde y Asociados". Experiencia como docente a nivel licenciatura y maestría en el Centro Universitario Barnard.

procedimientos resarcitorios en la ASF con motivo de la irregularidades detectadas durante el procedimiento de fiscalización, salvo aquellas detectadas en la Cuenta Pública 2015, de modo que se transitó a este nuevo sistema de responsabilidades administrativas en el que se crearon nuevas autoridades —autoridad investigadora, substanciadora y resolutoria—, se establecieron faltas administrativas no graves y graves, siendo estas últimas competencia de la ASF, se creó una etapa de investigación y calificación de faltas con sus propios principios y reglas, así como un nuevo procedimiento administrativo de responsabilidades substanciado ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

II. MARCO JURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

La entrada en vigor de la LFRCF 2016 si bien es cierto se dio a partir del siguiente día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, no menos cierto es que los actos de fiscalización superior realizados al amparo de esta nueva ley comenzaron a aplicarse a partir de la Cuenta Pública 2016 por disposición expresa del Artículo Quinto Transitorio de la mencionada ley que señala lo siguiente:

QUINTO. Las funciones de fiscalización y revisión de la Auditoría Superior de la Federación previstas en la presente Ley entrarán en vigor a partir de la Cuenta Pública de la Hacienda Federal del año 2016.

Las funciones de fiscalización y revisión de la Cuenta Pública 2016 a cargo de la ASF con base en lo dispuesto en la LFRCF 2016 comenzaron a desarrollarse a partir del primer día del ejercicio fiscal del año 2017, toda vez que la Cuenta Pública 2016 fue presentada ante la Cámara de Diputados y turnada a la ASF dentro de primer cuatrimestre del año 2017 en términos de lo dispuesto por el Artículo 74, fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, durante el procedimiento de fiscalización de la Cuenta Pública, la ASF está obligada a emitir sus informes individuales de auditoría a más tardar el último día de junio y octubre, así como el 20 de febrero del año siguiente al de la presentación de la Cuenta Pública conforme a lo dispuesto por el Artículo 35 de la LFRCF 2016, de modo que los informes correspondientes a la Cuenta Pública 2016 debieron ser presentados a más tardar el 30 de junio y 31 de octubre de 2017, así como el 20 de Febrero de 2018.

Estos informes individuales de auditoría contienen como mínimo los criterios de selección, el objetivo, el alcance, los procedimientos de auditoría aplicados y el dictamen de la revisión; así como los resultados de la evaluación realizada y las observaciones, recomendaciones y acciones que en su caso correspondan como parte de las revisiones realizadas por los auditores a los entes fiscalizados.

Dentro de las acciones que mayor relevancia e importancia que puede generar la ASF son los pliegos de observaciones, ya que en estos se presume la existencia de un daño o perjuicio cuantificable en dinero causado a la Hacienda Pública Federal por los actos u omisiones en que pudieron incurrir los servidores públicos o en su caso los particulares en el uso, administración o destino de los recursos públicos federales y que de considerarlo procedente, la ASF por conducto de las áreas competentes podrá promover ante el TFJA y con base en la LGRA, la imposición de sanciones a los servidores públicos por las faltas administrativas graves que hayan sido detectadas durante sus auditorías e investigaciones, así como sanciones a los particulares vinculados con dichas faltas.

Luego, si durante el procedimiento de fiscalización de la Cuenta Pública 2016 llevado a cabo durante el año 2017, la ASF detectara posibles irregularidades causantes de un daño o perjuicio a la Hacienda Pública Federal estas se harán del conocimiento a las entidades fiscalizadas a través de los informes individuales de auditoría para que éstas durante los 30 días hábiles siguientes a la publicación de dicho informe presenten la información y documentación correspondiente que atienda, aclare o solvante la irregularidad descrita en el pliego de observaciones.

Por lo que en el supuesto de que el pliego de observaciones no sea atendido, aclarado o solventado dentro de la etapa de seguimiento, la ASF por conducto de su unidad administrativa auditora remitirá dicha irregularidad cuantificable en dinero a través de la emisión del Dictamen Técnico de No Solventación del Pliego de Observaciones a la autoridad investigadora para que ésta inicie el procedimiento de investigación correspondiente en términos de la LGRA.

Con base en el Artículo 71 de la LFRCF 2016 concatenado con el Artículo 208, fracción I de la LGRA la autoridad investigadora de la ASF, previa investigación y calificación de la falta administrativa, promoverá ante la autoridad substanciadora de la ASF el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa (IPRA) cuando los pliegos de observaciones no sean solventados por las entidades fiscalizadas mismo que tendrá por objeto resarcir el monto de los daños y perjuicios estimables en dinero que se hayan causado a la Hacienda Pública Federal o, en su caso, al patrimonio de los entes públicos mediante las sanciones que imponga el TFJA en su carácter de autoridad resolutora.

Por su parte la LGRA se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016; sin embargo, su aplicación no fue de manera inmediata para la ASF sino que esta fue a partir del 19 de julio de 2017, toda vez que el Artículo Tercero Transitorio de dicha ley señala que ésta entraría en vigor al año siguiente de su publicación; por lo que a partir de esta fecha la ASF por conducto de sus autoridades, investigadora y substanciadora, comenzaron a ejercer las facultades conferidas por la LGRA.

III. VULNERACIÓN AL DERECHO HUMANO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Bajo este orden de ideas surge una problemática de trascendencia e importancia en cuanto a la vulneración del derecho humano de seguridad jurídica respecto de aquellas irregularidades acontecidas previo al inicio de la vigencia de la LGRA pero que fueron detectadas por la ASF con motivo de la fiscalización y revisión de la Cuenta Pública 2016 con base en la LFRCF 2016.

Es importante tener claro que los actos de fiscalización de la Cuenta Pública 2016 por parte de la ASF comenzaron a partir del año 2017; sin embargo, dicha revisión fue realizada a las operaciones ejecutadas por las entidades fiscalizadas durante el periodo del 01 de enero al 31 de diciembre 2016, de modo que si la ASF detectara la posible existencia de actos irregulares calificados como graves durante este periodo de ninguna manera podrían sancionarse a los servidores públicos con base en la LGRA, ya dichas faltas administrativas graves no estaban establecidas con anterioridad al hecho que se pretenda sancionar y por otra lado, el TFJA no tendría competencia para conocer de las irregularidades acontecidas con anterioridad al 19 de julio de 2017, lo anterior en estricto respeto al derecho humano de seguridad jurídica contenido del Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala lo siguiente:

Artículo 14. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Resulta importante mencionar que la validez de las normas en el tiempo se rige bajo ciertos principios fundamentales que a saber son los siguientes: (i) en primer término, la vigencia de la ley, que implica el momento desde el cual es exigible la misma, está constreñida al principio universal de derecho de que las normas jurídicas rigen para el futuro, lo cual hace muy importante la determinación del inicio de la vigencia de las leyes y decretos; (ii) en segundo lugar, como consecuencia del primer principio, a los ordenamientos jurídicos no puede dárseles efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, lo que a contrario sensu significa la aceptación de la retroactividad si ésta beneficia a los destinatarios de la norma y (iii) la tercera regla o principio en materia de vigencia consiste en que las propias normas regulan su validez temporal, es decir, el cuerpo de una ley determina el momento en que inicia su vigencia. Si esto no fuere así, existen otras normas jurídicas ya vigentes que prevén todo lo concerniente a la vigencia de las leyes, con una condición suspensiva para su entrada en vigor que, a saber, fue el transcurso del tiempo.

No es óbice a lo anterior señalar que el legislador estableció en su Artículo Tercero Transitorio que la LGRA entraría en vigor al año siguiente de su publicación, es decir, a partir del 19 de julio de 2017, fecha en que este ordenamiento jurídico sería exigible y aplicable hacia el futuro; por lo que las conductas irregulares realizadas con posterioridad a esta fecha deben de ser sancionadas bajo esta la ley en estricto cumplimiento a la garantía de seguridad jurídica establecida en el Artículo 14 Constitucional; mientras que aquellas que hayan sucedido con anterioridad a esta fecha no pueden ser sancionadas conforme a la LGRA, de ahí que las irregularidades detectadas con motivo de la fiscalización de la Cuenta Pública 2016 quedaran impunes por el desconocimiento del legislador en la materia de fiscalización.

Por lo que en caso de substanciarse los procedimientos administrativos de responsabilidades respecto de irregularidades detectadas en los actos de fiscalización de la Cuenta Pública 2016 existiría una violación al derecho humano de seguridad jurídica consagrado en el Artículo 14 constitucional que señala: en todo juicio o procedimiento en el que se pretenda privar de algún derecho o imponer una sanción, necesariamente debe de existir un tribunal previamente establecido, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y que el fallo respectivo, se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio, teniendo así el gobernado plena certeza jurídica en relación a las consecuencias del juicio o procedimiento llevado en su contra.

Actualmente el TFJA a través de la Sala Especializada en Materia de Responsabilidades de los Servidores Públicos están admitiendo los Informes de Presunta Responsabilidad Administrativa respecto de conductas detectadas con motivo de los actos de fiscalización de la ASF a la Cuenta Pública 2016 y acontecidas previo al inicio de la vigencia de la LGRA; lo cual desde mi punto de vista lo consideraría ilegal atendiendo a los argumentos antes expuestos; sin embargo, dicha cuestión tendrá que ser analizada en cuanto al fondo del asunto.

DEFENSA FISCAL DEL CONTRIBUYENTE¹

Blanca Estela MONTES DE OCA ROMERO²

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto documentar, de forma descriptiva, los recursos administrativos y los medios jurisdiccionales de defensa idóneos que se interpongan ante actos arbitrarios de las autoridades fiscales, así como los resultados obtenidos por el Servicio de Administración Tributaria, como se ha derivado de juicios interpuestos en su contra desde 2013 hasta de 2023, concluyéndose que, se dan errores cometidos por la propia autoridad y que esto lleva a perder estos juicios, por deficiencias de forma y fondo.

Por ende, la descripción de las herramientas contenidas en las leyes ordinarias, cuyo propósito es brindar a los ciudadanos el acceso expedito y total a la solución de controversias originadas en su interacción con las autoridades fiscales, partiendo que la mayoría de los errores cometidos por la autoridad administrativa en facultades de comprobación y que le llevan a perder estos asuntos, mediante juicios de nulidad, tienen relación con deficiencias de forma y fondo, por ejemplo: en la notificación de los créditos fiscales, en la motivación, en la interpretación y en la redacción de las actas, entre otros motivos.

II. BASES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

1. *En materia de facultades de la autoridad*

El deber de todo mexicano es contribuir al gasto público y está establecido en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM), en el Artículo 31 fracción IV, que dispone: “Son obligaciones de los mexicanos... Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados (Ciudad de México alcaldías) y de Municipios en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”. Y que el desarrollo y creci-

¹ Obra inscrita en el Registro Público del Derecho de Autor, con número de registro 03-2024-040511011500-01, de fecha 05 de abril de 2024, al amparo del certificado expedido por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

² Dr. en Derecho, Mtra. C. P. y C., por FDBNA. Lic. en Derecho por U. Pedregal La Salle, C. P. por E.S.C.A., I.P.N., CERT. de carrera por IMCP, Dr. Honoris Causa por Claustro Nal. Doctores. H. C., Colegiada y Miembro del CCPM, de BNA y del Claustro Nal. Doctores. H. C., de la A. Nal. de Dr. en Der. Miembro Honorífico de la AMID. Especialidad en Auditoría, en Fiscal, Auditoría Forense, Prevención de L. de Dinero, de Corrupción. Reg. para Dictaminar en Materia Fiscal ante SHCP, SAT. S. de Finanzas de la C. DE M., IMSS, INFONAVIT, Perito Contable, en Auditoría y en Criminalística ante el Poder Judicial Federal y de la C. DE M.; S. de Economía, INE, TFJA, TCA, AUX. Esp. IFECOM, Autor y coautor de obras con registro en INCAUTAR, Litigante, Catedrático por más de 18 años en posgrado y licenciaturas.

miento de una nación depende en gran parte, del pago de contribuciones de sus ciudadanos.

Esto será posible, cuando que es necesario establecer lineamientos que rijan las acciones tanto del Estado (sujeto activo), como del contribuyente (sujeto pasivo) de la relación tributaria.

Con el fin de coadyuvar en la regulación de la relación entre el fisco y el contribuyente, el 23 de junio de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la *Ley Federal de los Derechos del Contribuyente* (LFDC), teniendo como propósito primordial el reconocer y enunciar, de manera clara y precisa, los principales derechos a los que un contribuyente tiene acceso, para de esta forma, dar certeza y seguridad jurídica a la relación tributaria.

Es en este ordenamiento donde se norman las garantías fundamentales de los contribuyentes en su interacción con las autoridades fiscales, haciendo mención, en primer término, de su derecho a conocer de manera clara y oportuna cómo y cuándo deben cumplir con sus obligaciones tributarias.

2. *En materia de contribuciones*

En la LFDC se hace mención también de la necesidad de que el contribuyente conozca la identidad de las autoridades fiscales ante quienes está llevando a cabo un trámite o está realizando un procedimiento o gestión, cuyos resultados le afectan, subrayando la necesidad de que en el trato del ciudadano con la autoridad fiscal prive el respeto y consideración por parte de los servidores públicos de la administración fiscal y, además, se establece el derecho a formular alegatos, defenderse mediante la presentación de pruebas y ser escuchado previo a que se emita la resolución donde se determina un crédito fiscal.

A manera supletoria, el *Código Fiscal de la Federación* (CFF), en el Artículo 33, establece la obligación para las autoridades fiscales de “difundir entre los contribuyentes los derechos y medios de defensa que se pueden hacer valer contra las resoluciones de las autoridades fiscales”.

3. *En materia de derechos del contribuyente*

La importancia de la LFDC radica en el hecho de que tanto las personas morales como las personas físicas que persiguen un fin de lucro, tienen como propósito económico obtener utilidades que les permitan sufragar gastos e invertir en infraestructura, de manera simultánea al cumplimiento de las obligaciones fiscales o laborales que las leyes les imponen.

Sin embargo, durante su operación, pueden presentarse situaciones que las enfrentan con las diversas autoridades fiscales de manera que se ven en la necesidad de auxiliarse mediante la impugnación, contra resoluciones o actos que resultan arbitrarios y que lesionan sus intereses.

Por otra parte, la falta de conocimiento sobre las opciones de defensa fiscal ante procedimientos erróneos o arbitrarios por parte de la autoridad trae como consecuencia que el contribuyente no se defienda cuando dichas autoridades fiscales se apartan de las normas jurídicas afectando el patrimonio o en el peor de los casos, la libertad del contribuyente.

Esta defensa se puede intentar en primera instancia ante la propia autoridad que emitió el acto que se está impugnando. Es decir, los contribuyentes pueden impugnar los actos y resoluciones de las autoridades fiscales que vulneren sus derechos ante la propia autoridad fiscal.

O bien, ante autoridad diferente a la responsable de la violación de algún derecho del contribuyente, como sería el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y, en caso de que no quede satisfecho con la resolución de este organismo, promueva amparo directo ante la autoridad judicial federal.

Los fundamentos de la defensa fiscal están establecidos en la CPEUM, en el Artículo 17, en el sentido de que nadie puede ejercer justicia por su propia mano, ni ejercer violencia en reclamo de algún derecho.

Todos los mexicanos tenemos acceso a la justicia a través de tribunales indicados para cada materia en los plazos y términos que las leyes fijen, quienes deberán emitir su sentencia de manera pronta e imparcial.

Las fallas en los procedimientos o prácticas que la autoridad lleva a cabo pueden considerarse problemas sistémicos derivados de la estructura del sistema tributario, que traen como consecuencia molestias, incertidumbre y afectaciones a los derechos perjudicando a todos los contribuyentes que han sido sujetos de fiscalizaciones arbitrarias o irregulares de su contabilidad, bienes o mercancías.

En la LFDC, en el Artículo 23, se dispone el derecho de acceso a la justicia fiscal, esto significa que los contribuyentes tienen derecho al ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones tributarias, a través de los medios proporcionados por el Estado.

Los medios de defensa funcionan como instrumentos de control sobre los actos y resoluciones de las autoridades fiscales y están establecidos en la ley para brindar protección

a los contribuyentes afectados en diversas circunstancias, por lo que su conocimiento representa un valioso ahorro en el tiempo con el que se cuenta para definir la estrategia más adecuada para ampararse y salir lo mejor librado posible.

Por otra parte, se establece en la CPEUM, en los Artículos 1o., 14, 16, 17, 22 y 31 una serie de ordenamientos que contienen los fundamentos de la obligación tributaria, de igual forma, y porque no está permitida la justicia por propia mano, brindan certeza jurídica y amparo jurisdiccional a los contribuyentes en contra de actos de intimidación, multas excesivas, confiscación de bienes y, en general, contra las arbitrariedades de las autoridades fiscales.

Así garantiza al contribuyente el poder defenderse previamente a que se le prive de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos obligando a la autoridad a que se cumpla con las formalidades establecidas para cada procedimiento.

La Ley Federal de los Derechos del Contribuyente entra en vigor con el objeto de reconocer y enunciar los principales derechos y garantías de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Tributaria, sin invalidar todos aquellos reconocidos por otras leyes fiscales y el Código Fiscal de la Federación.

Por otra parte, se entiende por término “defensa” cuando se refiere a la acción de una persona para protegerse ante las agresiones de otro particular, o bien, de un ente superior.

Tratándose de un asunto privado, es de competencia del Derecho Privado y se deduce que la persona ha sido demandada, por lo tanto, en un juicio le corresponde alegar y comprobar lo que a su derecho convenga.

Pero cuando las agresiones se reciben de un órgano del Estado, el asunto compete al Derecho Público, y se interpreta como un acto de autoridad que está afectando el interés jurídico de una persona.

Respecto a la defensa fiscal, es lógico pensar que está involucrado el Estado en la agresión a un particular, por lo que el Estado de derecho de esta persona ha sido vulnerado y le corresponde entonces desvirtuar el acto emitido por la autoridad fiscal.

En esa tesitura, el contribuyente tiene que establecer una estrategia para su defensa fiscal, pudiendo recurrir a varios tipos de defensa, que pueden ser:

- a) Recursos administrativos;
- b) La defensa jurisdiccional; y,
- c) La defensa no jurisdiccional.

III. LA NUEVA ESTRATEGIA RECAUDATORIA DE LA AUTORIDAD FISCAL

1. *Facultades de control*

Los *actos de fiscalización* son las acciones llevadas a cabo por los órganos de la administración hacendaria, dentro del marco de la legalidad, con el objetivo de constatar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los contribuyentes.

¿Los Actos de Fiscalización, qué son?

Definición y Funcionamiento. Son las diferentes formas en que puede intervenir el Servicio de Administración Tributaria (SAT) con propósitos de comprobación recaudatoria al ejercer sus facultades en el contexto del Derecho fiscal mexicano.

Consisten en cada una de las auditorías, intervenciones, evaluaciones y verificaciones que realiza la autoridad fiscal. Por ello, se les conoce también como *recaudación secundaria*.

2. *Facultades de presión*

Instrumentos de los Actos de Fiscalización. Para efectuar estos actos, el SAT puede valerse de mecanismos y estrategias, como *las visitas domiciliarias o la revisión de gabinete*, la cual se entiende como la facultad para solicitar la contabilidad, datos y otros documentos a las personas físicas y morales.

3. *Programa Operativo de Actos de Fiscalización, recaudación y alcance*

Las metas de recaudación de impuestos, el cumplimiento de las normas fiscales y la capacidad de eficiencia recaudatoria que tiene cada entidad federativa con sus contribuyentes son los elementos que conforman el Programa Operativo de Actos de Fiscalización implementado por la Secretaría de Hacienda a nivel federal.

Los avances de cada Estado del país con respecto a este programa se reflejan en el Tablero Global de Entidades Federativas de Actos de Fiscalización, publicado por el SAT, el cual mide el lugar que se ocupa a nivel nacional.

A. *Actos de Fiscalización a entidades públicas, transparencia en la Administración Pública*

No solamente se aplican acciones fiscalizadoras a contribuyentes, sino también a entidades públicas. En ese sentido, los sujetos de la fiscalización son las dependencias de la Administración Pública Federal que operen el ingreso, manejo, custodia y ejercicio de recursos públicos federales conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.

Es el caso de las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, así como los fideicomisos públicos no paraestatales, mandatos y contratos análogos.

Por ejemplo, instituciones como el IMSS y el INFONAVIT suscriben colaboraciones para sus programas internos de trabajo, que les permiten superar más fácilmente las auditorías fiscales a las que se encuentran sujetas.

B. *¿El plan maestro de fiscalización 2023 emitido por el SAT, qué contiene?*

- Combate a esquemas de evasión que involucren a empresas “factureras”;
- Revisión de esquemas de evasión de empresas que involucren “nomineras”;
- Incremento en operativos carreteros y almacenes para combatir el contrabando.

C. *Plan de acciones de fiscalización solo contra contribuyentes “cautivos”*

El pasado de 29 de enero, el SAT dio a conocer su plan maestro de fiscalización y recaudación 2023. El documento revela que este año se enfocará en realizar seis acciones de fiscalización; sin embargo, ninguno contempla acciones para captar nuevos contribuyentes, lo que llama a los contribuyentes cumplidos a estar aún más alerta.

Las principales acciones de fiscalización de este año serán:

- 1) Combate a esquemas de evasión que involucren a empresas “factureras”. Recordemos que la autoridad fiscal cuenta con las facultades para rechazar deducciones que hayan sido efectuadas con “EFOS”, por lo cual recomendamos un monitoreo continuo de sus proveedores. El uso de un sistema de monitoreo, como el que manejamos, puede ayudar a detectar, alertar y prevenir sobre estos casos;
- 2) Revisión de esquemas de evasión de empresas que involucren “nomineras”. Se recomienda tener cuidado con esquemas que son ofrecidos por algunos asesores, en los que se propone el pago a los empleados a través de terceras empresas, prometiendo ciertos beneficios fiscales;
- 3) También recordemos que, a partir de 2021, en México está prohibido el “outsourcing”, quedando solo permitidos los Servicios Especializados, los cuales deben de contar con un registro de prestadores de servicios especializados (REPSE) y sobre los cuales las autoridades laborales y fiscales han anunciado acciones enfocadas a identificar el debido cumplimiento de requisitos y combatir la simulación patronal;
- 4) Incremento en operativos carreteros y almacenes para combatir el contrabando. El cumplimiento respecto a la Carta Porte está dentro de las acciones de fiscalización del SAT y las sanciones por no emitir de manera correcta el CFDI con complemento Carta Porte son efectivas desde el primero de agosto de 2023.

- 5) Análisis y programación de partidas atípicas de ingresos y gastos. También conocida como “Recaudación secundaria”, se obtiene de las acciones para aumentar la recaudación, principalmente de los programas que promueven la cobranza coactiva, así como de los actos de fiscalización que no siempre son auditorías (pueden ser cartas invitación, notificaciones de diferencias de acuerdo con sus sistemas de control o citar a los representantes legales para hablar sobre la situación fiscal de la empresa).

Sobre este punto se recomienda mediante un “*health check*”, que es una de las rutinas fundamentales que cualquier empresa que desee funcionar de manera segura y eficiente debe implementar, para lograr identificar aquellas partidas u operaciones que podrían llamar la atención de la autoridad en caso de una revisión fiscal y anticipar un “*defense file*”, que tiene como objeto mitigar y/o evitar el riesgo de un posible ajuste, aún y cuando se concluya en el estudio que la operación inter compañía, sea mediante el cual se recopile y documente toda la información de la situación en particular, que ayude a integrar todas las evidencias, como lo son los argumentos legales y económicos que sustentan la operación.

- 6) Fortalecimiento a revisiones de operaciones de comercio exterior, principalmente en importaciones temporales y verificación de origen. Durante 2022, esta acción fue la que mejor resultado les dio a las autoridades, puesto que lograron un crecimiento del 23.8% real en la recaudación por la revisión de las operaciones de comercio exterior a las empresas. Indudablemente, invertir en una Revisión de Cumplimiento en Comercio Exterior (*health check*) ayudaría a reducir el riesgo inherente a estas operaciones mediante análisis detallados, diseñados para detectar riesgos potenciales de cada operación, así como proponer soluciones basadas en las mejores prácticas.
- 7) Publicación de tasas efectivas de los ejercicios 2020 y 2021. Estas fueron publicadas el pasado 31 de enero y contempla 40 actividades económicas de cinco sectores económicos: servicios financieros y de seguros, comercio al por mayor, comercio al por menor, industrias manufactureras y minería.

Las tasas se establecen con base en la información disponible del mismo SAT como la obtenida en declaraciones anuales, dictámenes fiscales, información sobre la situación fiscal de los contribuyentes, declaraciones informativas, los comprobantes fiscales digitales por internet (CFDI), pedimentos, entre otros.

El listado de las tasas sólo está dirigido a los grandes contribuyentes, pero no se descarta que la autoridad los utilice para contactar a aquellos contribuyentes cuya tasa efectiva se encuentra por debajo de los parámetros publicados, por lo que se recomienda hacer un ejercicio donde se consulte la tasa efectiva de impuesto correspondiente a la actividad económica a la que pertenece y compararla con su propia tasa efectiva de impuesto respecto de cada ejercicio fiscal para medir sus riesgos impositivos.

Es importante considerar que este Plan maestro de fiscalización y recaudación 2023 contiene además conceptos y conductas específicas a revisar como:

- a. Aplicación indebida de saldos a favor de impuestos;
- b. Devoluciones, tasa 0 %, no objeto y de importación temporal;
- c. Subvaluación en operaciones de comercio exterior y uso indebido de tratados;
- d. Verificación de cumplimiento de certificaciones IVA-IEPS;
- e. Pensiones, exentos en nómina y simulación de prestación de servicios especializados;
- f. Reestructuras corporativas y los efectos fiscales en escisiones y fusiones;
- g. Socios y accionistas (personas físicas en operaciones asociadas a reestructuras);
- h. Generación y aplicación de pérdidas fiscales;
- i. Operaciones con regímenes fiscales preferentes;
- j. Financiamientos, capitalización de pasivos y distribución de utilidades;
- k. Pagos al extranjero y reestructuras internacionales;
- l. Revisión de Fideicomisos;
- m. Entre otros.

Considerando este plan de fiscalización para 2023 por parte de las autoridades, es indispensable estar en cumplimiento con las obligaciones en materia fiscal, por lo que les podemos ayudar con un diagnóstico de riesgos preventivo para su empresa.

D. *Cartas invitación*

Las cartas invitación del SAT, ¿qué son?

Las cartas de invitación forman parte de los programas recaudatorios del SAT, quien las envía porque analiza la información de sus bases de datos y detecta diferencias o inconsistencias.

Estas cartas son documentos expedidos por el fisco donde solicitan al contribuyente el cumplimiento de obligaciones fiscales omitidas o la aclaración de alguna irregularidad en sus declaraciones.

Se trata de instrumentos que pueden ser de dos tipos:

- a) La primera es una carta abierta al contribuyente en general para invitarlo a cumplir sus obligaciones fiscales;
- b) La segunda son cartas personalizadas en donde se pudieran señalar omisiones al cumplimiento de alguna obligación o discrepancias entre la información declarada y la información digital.

El SAT envía la carta invitación vía buzón tributario y el contribuyente tiene que cumplir sus obligaciones, aclarar las discrepancias detectadas o autocorregirse, dependiendo del motivo de la carta.

Las cartas invitación del SAT, ¿qué validez tienen?

Se dice que, las cartas invitación tienen un procedimiento flexible que no está normado en ley, como sí lo están los procedimientos de las facultades de comprobación del SAT establecidos en el Código Fiscal de la Federación (CFF).

Una carta invitación del SAT, ¿por qué razón me llega?

Las cartas invitación forman parte de los programas recaudatorios del SAT, quien envía estos documentos porque analiza la información de sus bases de datos y detecta diferencias o inconsistencias.

Otras cartas invitación derivan del monitoreo que realiza el SAT para que los contribuyentes cumplan sus obligaciones fiscales. Es decir, para que presenten sus declaraciones en tiempo y forma.

Además, el SAT también envía otras notificaciones que se llaman exhortos y que no son cartas invitación, pero que también se envían a través del buzón tributario.

E. Requerimientos de cumplimiento de obligaciones

Un requerimiento de obligaciones omitidas, ¿qué es?

Es el documento mediante el cual la autoridad fiscal solicita a los contribuyentes que acrediten el cumplimiento de determinada obligación tributaria o, en su caso, que cumplan con la misma.

Además, el documento de requerimiento de obligaciones omitidas o carta invitación emitido por el SAT, sirve para aclarar ante la autoridad fiscal cuando no se está de acuerdo con la información contenida en el mismo.

F. *Presunciones*

Por presunción, ¿qué se entiende?

Aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado.

En derecho, la presunción es una ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello.

G. *Artículos 69-B y 69 B-BIS del Código Fiscal de la Federación*

Las listas negras del Artículo 69-B y 69-B Bis del CFF, ¿qué son?

Las listas negras del SAT son listados donde se relacionan a contribuyentes con irregularidades en su situación fiscal y aquellos que se presume realizaron operaciones inexistentes.

Los contribuyentes podrán solicitar, a través del buzón tributario, por única ocasión, una prórroga de cinco días, para aportar la documentación e información respectiva, siempre y cuando la solicitud de prórroga se efectúe dentro de dicho plazo.

¿Cómo salir de la lista negra?

Como especialistas del ramo fiscal se indica que la única instancia para poder salir del listado será el pago de la totalidad de su adeudo.

El Artículo 69-B Bis del CFF contempla un procedimiento para detectar y presumir la transmisión indebida de pérdidas fiscales, así como el de inhibir la práctica consistente en llevar a cabo reestructuras, escisiones o fusiones de sociedades o cambio de accionistas, cuyo único objeto sea generar pérdidas fiscales y luego hacerlas deducibles.

EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA (DOF 25/06/18)

SE REFORMA EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.

Artículo Único. Se reforma el Artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, para quedar como sigue:

Artículo 69-B. Cuando la autoridad fiscal detecte que un contribuyente ha estado emitiendo comprobantes sin contar con los activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o pro-

ducir, comercializar o entregar los bienes que amparan tales comprobantes, o bien, que dichos contribuyentes se encuentren no localizados, se presumirá la inexistencia de las operaciones amparadas en tales comprobantes.

En este supuesto, procederá a notificar a los contribuyentes que se encuentren en dicha situación a través de su buzón tributario, de la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, así como mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, con el objeto de que aquellos contribuyentes puedan manifestar ante la autoridad fiscal lo que a su derecho convenga y aportar la documentación e información que consideren pertinentes para desvirtuar los hechos que llevaron a la autoridad a notificarlos. Para ello, los contribuyentes interesados contarán con un plazo de quince días contados a partir de la última de las notificaciones que se hayan efectuado.

Los contribuyentes podrán solicitar a través del buzón tributario, por única ocasión, una prórroga de cinco días al plazo previsto en el párrafo anterior, para aportar la documentación e información respectiva, siempre y cuando la solicitud de prórroga se efectúe dentro de dicho plazo. La prórroga solicitada en estos términos se entenderá concedida sin necesidad de que exista pronunciamiento por parte de la autoridad y se comenzará a computar a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo previsto en el párrafo anterior.

Transcurrido el plazo para aportar la documentación e información y, en su caso, el de la prórroga, la autoridad, en un plazo que no excederá de cincuenta días, valorará las pruebas y defensas que se hayan hecho valer y notificará su resolución a los contribuyentes respectivos a través del buzón tributario. Dentro de los primeros veinte días de este plazo, la autoridad podrá requerir documentación e información adicional al contribuyente, misma que deberá proporcionarse dentro del plazo de diez días posteriores al en que surta efectos la notificación del requerimiento por buzón tributario. En este caso, el referido plazo de cincuenta días se suspenderá a partir de que surta efectos la notificación del requerimiento y se reanudará el día siguiente al en que venza el referido plazo de diez días. Asimismo, se publicará un listado en el Diario Oficial de la Federación y en la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, de los contribuyentes que no hayan desvirtuado los hechos que se les imputan y, por tanto, se encuentran definitivamente en la situación a que se refiere el primer párrafo de este artículo. En ningún caso se publicará este listado antes de los treinta días posteriores a la notificación de la resolución.

Los efectos de la publicación de este listado serán considerar, con efectos generales, que las operaciones contenidas en los comprobantes fiscales expedidos por el contribuyente en cuestión no producen ni produjeron efecto fiscal alguno. La autoridad fiscal también publicará en el Diario Oficial de la Federación y en la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, trimestralmente, un listado de aquellos contribuyentes que logren desvirtuar los hechos que se les imputan, así como de aquellos que obtuvieron resolución o sentencia firmes que hayan dejado sin efectos la resolución a que se refiere el cuarto párrafo de este artículo, derivado de los medios de defensa presentados por el contribuyente.

Si la autoridad no notifica la resolución correspondiente, dentro del plazo de cincuenta días, quedará sin efectos la presunción respecto de los comprobantes fiscales observados, que dio origen al procedimiento.

Las personas físicas o morales que hayan dado cualquier efecto fiscal a los comprobantes fiscales expedidos por un contribuyente incluido en el listado a que se refiere el párrafo cuarto de este artículo, contarán con treinta días siguientes al de la citada publicación para acreditar ante la propia autoridad, que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios que amparan los citados comprobantes fiscales, o bien procederán en el mismo plazo a corregir su situación fiscal, mediante la declaración o declaraciones complementarias que correspondan, mismas que deberán presentar en términos de este Código.

En caso de que la autoridad fiscal, en uso de sus facultades de comprobación, detecte que una persona física o moral no acreditó la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes, o no corrigió su situación fiscal, en los términos que prevé el párrafo anterior, determinará el o los créditos fiscales que correspondan. Asimismo, las operaciones amparadas en los comprobantes fiscales antes señalados se considerarán como actos o contratos simulados para efecto de los delitos previstos en este Código.

TRANSITORIOS

Primero. El presente Decreto entrará en vigor a los treinta días siguientes al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, se tramitarán y resolverán conforme a las normas jurídicas vigentes en el momento de su inicio.

Adición del Artículo "69-B Bis del Código Fiscal de la Federación relativo a la presunción de transmisión indebida de pérdidas fiscales.

En el marco de una reforma aprobada en el más reciente período de sesiones del Congreso de la Unión para combatir el robo de combustible, se adicionó un Artículo 69 B Bis al Código Fiscal de la Federación, mismo que versa sobre la facultad de las autoridades fiscales para presumir una transmisión indebida de pérdidas fiscales. Lo único que resta es la promulgación y publicación del Decreto de Reformas.

De lo dispuesto en el mencionado precepto legal, se desprende que para llegar a esta presunción, las autoridades fiscales deben constatar y acreditar primero, que el contribuyente que tiene derecho a la disminución de las pérdidas fiscales "transmitidas indebidamente", fue parte de una reestructuración, escisión o fusión de sociedades o de un cambio de accionistas, y como consecuencia de ello, dejó de formar parte del grupo al que perteneció, estableciéndose una serie de supuestos para tal efecto.

En cuanto las autoridades fiscales arriben a la presunción, lo notificarán al contribuyente a través del buzón tributario, y le conferirán un plazo de 20 días para que manifieste lo que a su derecho convenga y aporte pruebas que demuestren que no hubo una transmisión de pérdidas indebida.

Una vez ofrecidas las pruebas y rendidas las manifestaciones, la autoridad fiscal tendrá un plazo que no excederá de 6 meses a partir de que venza el plazo de los 20 días conferidos al contribuyente, para notificarle la resolución donde determine si desvirtuó o no, la presunción.

La autoridad publicará en el Diario Oficial de la Federación y en la página de internet del Servicio de Administración Tributaria, el listado definitivo de los contribuyentes que no hubiesen podido desvirtuar los hechos imputados.

Se aclara que la publicación tendrá como efecto confirmar la transmisión indebida de las pérdidas fiscales obtenidas por el contribuyente que las generó, así como la improcedencia de su disminución por el contribuyente que corresponda.

Es necesario destacar que el artículo en comento tiene su origen en que la autoridad fiscal detectó un alza en la determinación de pérdidas fiscales reportadas por ciertas empresas, muchas de las cuáles, a juicio de las autoridades fiscales, se generaron sin que existiese una "razón o sustancia de negocios" y como consecuencia de reestructuraciones corporativas cuya única finalidad estriba en la transferencia indebida de pérdidas fiscales.

A reserva de analizar y analizar con mayor profundidad dicho precepto, debemos señalar que la generación de una pérdida fiscal no es una cuestión que pueda obedecer o regirse conforme a “razones de sustancia o razones de negocio”.

Por otra parte, las hipótesis de generación de pérdidas contempladas en el Artículo 69-B Bis del Código Fiscal de la Federación no necesariamente se relacionan con una transmisión indebida de pérdidas fiscales.

Así las cosas, bajo nuestra perspectiva, la reforma en cuestión pretende no sólo evitar la transmisión indebida de pérdidas, sino desincentivar aún más, la realización de reestructuras corporativas y limitar la amortización de pérdidas por parte de contribuyentes que celebran operaciones con partes relacionadas.

Finalmente, debemos tener presente que, de acuerdo a los recientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el contenido del Artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, la presunción de transmisión indebida de pérdidas contemplada en el Artículo 69-B Bis, podría tener efectos sobre varios ejercicios fiscales anteriores a la fecha de entrada en vigor de la reforma, cuestión que deberá ser tomada en cuenta por los contribuyentes.

IV. FACULTADES DE COMPROBACIÓN DE LAS AUTORIDADES FISCALES

1. Revisión de gabinete

En términos generales, una revisión de gabinete es un acto de fiscalización que la autoridad hacendaria realiza en sus propias oficinas, con objeto de comprobar que el contribuyente ha cumplido con sus obligaciones fiscales.

¿Una revisión de gabinete, cómo se desarrolla?

La autoridad fiscal emitirá un oficio de solicitud de información y documentación con los requisitos legales y procederá a constituirse en el domicilio del contribuyente, responsable solidario o tercero relacionados para darle a conocer el oficio.

¿Cuánto tiempo dura la revisión de gabinete?

La revisión de gabinete inicia con la notificación a los contribuyentes del oficio mediante el cual se le solicita la información y documentación correspondiente al cumplimiento de sus obligaciones fiscales. El plazo para concluir la revisión de gabinete referida es de 12 meses.

¿Qué diferencia existe entre las visitas domiciliarias y las revisiones de gabinete?

Esto es, la Revisión de Gabinete inicia con el requerimiento de datos e información y termina con el Oficio de Observaciones.

2. *Visita domiciliaria*

Es la comprobación dentro del domicilio fiscal del cumplimiento de obligaciones por parte de la autoridad tributaria.

Inicia con el levantamiento del Acta Parcial de Inicio y concluye con el levantamiento del Acta Final. Esta incluye:

- La revisión directa de la contabilidad, incluidos datos, informes, declaraciones, comprobantes de pago de contribuciones;
- La revisión de bienes o mercancías ubicadas en el domicilio del contribuyente;
- También durante una visita domiciliaria se efectúa una revisión de los bienes de origen y procedencia extranjera que se encuentren en el domicilio, a fin de verificar su legal importación, estancia o tenencia en territorio nacional.

Las visitas domiciliarias, tienen su fundamento constitucional en lo previsto por el Artículo 16 la Constitución Política, el cual indica lo siguiente:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

Por su parte es el numeral 42 del Código Fiscal de la Federación, el cual contempla las facultades de las autoridades fiscales para practicar visitas domiciliarias a los contribuyentes.

Artículo 42. Las autoridades fiscales a fin de comprobar que los contribuyentes, los responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados han cumplido con las disposiciones fiscales y, en su caso, determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales y para proporcionar información a otras autoridades fiscales, estarán facultadas para:

- I. ...
- II. ...
- III. Practicar visitas a los contribuyentes, los responsables solidarios o terceros relacionados con ellos y revisar su contabilidad, bienes y mercancías.

IV. ...

V. Practicar visitas domiciliarias a los contribuyentes, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales en materia de la expedición de comprobantes fiscales y de la presentación de solicitudes o avisos en materia del Registro Federal de Contribuyentes; el cumplimiento de obligaciones en materia aduanera derivadas de autorizaciones o concesiones o de cualquier padrón o registro establecidos en las disposiciones relativas a dicha materia; verificar que la operación de los sistemas y registros electrónicos, que estén obligados a llevar los contribuyentes, se realice conforme lo establecen las disposiciones fiscales; así como para solicitar la exhibición de la documentación o los comprobantes que amparen la legal propiedad, posesión, estancia, tenencia o importación de las mercancías, y verificar que los envases o recipientes que contengan bebidas alcohólicas cuenten con el marbete o precinto correspondiente o, en su caso, que los envases que contenían dichas bebidas hayan sido destruidos, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 49 de este Código.

De las fracciones III y V, del Artículo 42 referido, se desprende la reglamentación de la facultad otorgada a las autoridades administrativas para realizar intromisiones al domicilio. Siendo precisamente a través de la figura de las visitas domiciliarias, mismas que pueden clasificarse de la siguiente forma:

- Revisiones de contabilidad, bienes y mercancías;
- Revisiones a fin de comprobar el cumplimiento de las disposiciones fiscales en materia de expedición de comprobantes fiscales;
- Revisiones en materia aduanera;
- Revisiones relacionadas con el cumplimiento de obligaciones fiscales en control de bebidas alcohólicas;
- Las revisiones electrónicas.

Una revisión electrónica consiste en examinar conceptos o rubros específicos a través de medios electrónicos, desde la notificación hasta la conclusión. Con esto se reducen los plazos para concluir las auditorías y se disminuyen los costos. Además, la comunicación se vuelve más eficiente y el proceso más transparente.

¿Cómo inicia la revisión electrónica?

La revisión electrónica inicia con el envío que hace el buzón tributario de un mensaje al correo electrónico del contribuyente en el cual le informa que tiene pendiente una notificación.

Por otra parte, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon)³, manifiesta que, en la *revisión electrónica*, la autoridad fiscal se encuentra obligada a notificar la resolución definitiva dentro del plazo de *40 días* que prevé la fracción IV del Artículo 53-B del Código Fiscal de la Federación.

La *revisión electrónica* es una facultad de las autoridades fiscales que se encuentra prevista en el Artículo 42, fracción IX del Código Fiscal de la Federación y cuyo procedimiento está regulado en el diverso 53-B de dicho Código.

Este procedimiento consiste en el empleo de los sistemas electrónicos de almacenamiento y procesamiento de datos con los que cuentan las autoridades fiscales que le permiten, mediante el cruce de información, identificar los hechos u omisiones que pudieran entrañar un incumplimiento de las disposiciones fiscales y, en su caso, emitir una preliquidación de las contribuciones omitidas, a efecto de que el contribuyente corrija su situación fiscal, culminando con la emisión de la resolución definitiva correspondiente en la que, previa calificación de los hechos u omisiones advertidos, en su caso, determine en cantidad líquida el monto de las contribuciones omitidas.

Al respecto, el *Artículo 53-B del CFF*, en su *fracción IV*, establece que dentro de este procedimiento la autoridad contará con un plazo máximo de *40 días* para la emisión y notificación de la resolución definitiva, con base en la información y documentación con que se cuente en el expediente y que el cómputo de este plazo iniciará a partir de que hayan vencidos los plazos de 15 o 10 días previstos en las fracciones II y III, inciso a), respectivamente, de dicho precepto, se hayan desahogado las pruebas ofrecidas por el contribuyente o bien, haya vencido el plazo de 10 días previsto en la fracción III, inciso b) de dicho Artículo para que el contribuyente manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la información o documentación aportada por el tercero.

Así lo corroboró el Órgano Jurisdiccional derivado de la interposición de un juicio promovido por *Prodecon*, en donde consideró ilegal que la autoridad fiscal hubiera emitido la resolución determinante de crédito fiscal fuera de dicho plazo de 40 días, bajo la justificación de que el último párrafo del Artículo 53-B del CFF contempla un plazo de seis meses para concluir la revisión electrónica, pues precisó que este último plazo es para que

³ 19 de marzo de 2020: <http://www.prodecon.gob.mx/index.php/home/hb/buscador-de-criterios>.

la autoridad se allegue de la información que considere necesaria que le permita dictar la resolución administrativa correspondiente, en tanto que el término de 40 días es el plazo conferido para que, una vez que cuente con los elementos necesarios, emita la resolución a la revisión electrónica.

Derivado de lo anterior resolvió que, aun cuando no se contemple de manera expresa sanción alguna para la emisión de la resolución fuera del plazo de cuarenta días, aquellas dictadas fuera del mismo devienen ilegales, al preverse un término perentorio para ello.

V. DEFENSA DURANTE LOS ACTOS DE FISCALIZACIÓN

1. ¿Qué hacer durante una visita domiciliaria?

La visita domiciliaria tiene por objeto el comprobar que el contribuyente cumple con sus obligaciones fiscales e implica que la autoridad fiscal se presente en el domicilio, locales o establecimientos del contribuyente para requerirle los papeles, datos, documentos, informes, bienes o mercancías que permitan a la autoridad determinar si el contribuyente ha dado cumplimiento o no a sus obligaciones y en su caso determinar un crédito fiscal a cargo del contribuyente y/o imponer a estas sanciones.

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* garantiza la inviolabilidad del domicilio del contribuyente, y al respecto dispone:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

...

¿Qué son las facultades de comprobación de la autoridad fiscal?

Las autoridades fiscales cuentan con facultades para comprobar que los contribuyentes cumplen con las disposiciones fiscales y para ello podrá requerirles datos, informes o documentos, conforme a los procedimientos y a las formalidades establecidas en las disposiciones fiscales respectivas.

En virtud del ejercicio de sus facultades de comprobación, las autoridades fiscales cuando adviertan que los contribuyentes han omitido declarar y/o pagar contribuciones, podrán determinar contribuciones omitidas y créditos fiscales. Además, las autoridades fiscales podrán proporcionar información a otras autoridades cuando adviertan la comisión de delitos fiscales por parte de los contribuyentes.

¿Puede la autoridad fiscal presentarse en las oficinas del contribuyente para revisar su contabilidad ahí mismo?

Sí, la autoridad tiene facultades legales para presentarse en el domicilio del contribuyente y solicitar revisar su contabilidad, siempre y cuando lo haga atendiendo a las formalidades que para tal efecto dispongan las leyes fiscales.

¿Está el contribuyente obligado a proporcionar o mostrar información de su contabilidad, operaciones, bienes, mercancías y documentos a la autoridad fiscal?

El contribuyente se encuentra obligado a permitir el acceso a su domicilio a las autoridades fiscales a fin de que estas puedan llevar a cabo sus facultades de comprobación pero sólo se encuentra obligado a hacerlo siempre y cuando la autoridad se constituya en el domicilio siguiendo las formalidades que establecen las disposiciones fiscales, tal y como lo dispone el *Artículo 16 Constitucional*, esto es, en el caso particular de la visita domiciliaria la autoridad deberá contar con una orden de visita domiciliaria que como todo *acto de autoridad deberá encontrarse debidamente fundada y motivada*, es decir, en ella deberán señalarse debidamente los preceptos legales aplicables y las circunstancias o razones por las cuales se emite la misma.

¿Qué documentación debe aportarse?

Una vez que los visitantes se constituyen en el domicilio, se identifican y requieren la presencia del visitado (contribuyente, responsable solidario o tercero con ellos relacionado) o de su representante legal, si este se encuentra, proceden a hacer de su conocimiento la orden de visita; en caso de que no se encuentre el visitado o su representante legal, los visitantes dejarán citatorio en poder de quien se encuentre en el domicilio para que el visitado o su representante legal espere a una hora determinada del día hábil siguiente a efecto de notificar la orden de visita; si el visitado o su representante legal no atiende al citatorio, la visita se iniciará con quien se encuentre en el domicilio.

Si los visitantes descubren en el domicilio, bienes o mercancías cuya importación, tenencia, producción, explotación, captura o transporte deba ser manifestada a las autoridades fiscales o autorizada por ellas, sin que se hubiere cumplido con la obligación respectiva, los visitantes procederán al aseguramiento de dichos bienes o mercancías.

Una vez que se inicia la visita domiciliaria los visitantes se identificarán con la persona con quien se entiende la diligencia y la requerirán para que designe dos testigos. Los testigos pueden ser sustituidos en cualquier tiempo sin que esta circunstancia invalide los resultados de la visita.

Durante la visita domiciliaria las autoridades fiscales podrán solicitar el auxilio de otras autoridades fiscales competentes y notificarán al visitado de la sustitución de autoridad y de visitadores.

¿Cuándo debe aportarse?

En el desarrollo de la visita los visitadores requerirán al visitado datos, informes, documentos, contabilidad y demás papeles del ejercicio o ejercicios fiscales a revisar y el visitado tendrá la obligación de ponerlos a disposición del visitador, así también deberán permitir a los visitadores la verificación de bienes y mercancías, documentos, estados de cuentas bancarias, discos, cintas o cualquier medio procesable de almacenamiento de datos y equipo de cómputo que tenga el contribuyente en el lugar visitado.

Los visitadores podrán asegurar la contabilidad, correspondencia o bienes que no estén registrados en la contabilidad y podrán sellar, marcar en dichos documentos, muebles, archiveros u oficinas siempre que dicho aseguramiento no afecte las actividades del visitado.

2. Consecuencias de no aportar documentación

En la visita y antes de que sea levantada el acta final, las autoridades levantarán actas parciales en las cuales se harán constar hechos, omisiones o circunstancias que tuvieron lugar durante el desarrollo de la visita.

En el desarrollo de la visita, las autoridades fiscales podrán conocer hechos u omisiones que entrañen incumplimiento de las obligaciones fiscales del visitado. Las autoridades también podrán determinar presuntivamente la utilidad fiscal, ingresos y valor de los actos, actividades o activos en los supuestos y conforme a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, independientemente de las sanciones a que haya lugar.

Entre la última acta parcial y el acta final, el visitado podrá presentar pruebas que solventen las irregularidades determinadas.

Las autoridades levantarán un acta final y en el cierre de la misma deberá estar presente el visitado o su representante legal en caso de que éste no estuviere presente, le dejarán citatorio para que esté presente a una hora determinada del día siguiente, si no se presenta, el acta final se levantará ante quien esté presente en el domicilio visitado, en ese momento, cualquiera de los visitadores que hubiere intervenido en la visita, el visitado o la persona con quien se entiende la diligencia y los testigos firmarán el acta de la que dejará copia al visitado.

Las autoridades determinarán el crédito fiscal a cargo del contribuyente visitado y sus accesorios e incluso podrán imponer sanciones por infracciones a las disposiciones fiscales, si así procede.

El crédito fiscal se notificará al contribuyente dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en que se levante el acta final de la visita.

¿Pueden los visitantes obtener copias de la contabilidad del visitado?

Los visitantes pueden obtener copias de parte de la contabilidad y continuar la visita en el domicilio o establecimiento del visitado, debiendo levantar acta parcial señalando los documentos de los que se obtuvieron copias.

Los visitantes podrán obtener copias certificadas de la contabilidad, deberán levantar acta parcial al respecto y terminar la visita domiciliaria en el domicilio o establecimientos del visitado, pudiéndose continuar el ejercicio de las facultades de comprobación en el domicilio del visitado o en las oficinas de las autoridades.

En ningún caso las autoridades fiscales podrán recoger la contabilidad del visitado.

¿Cuál es el plazo para que las autoridades fiscales concluyan la visita domiciliaria?

Las autoridades fiscales deberán concluir la visita que se desarrolle en el domicilio fiscal de los contribuyentes dentro de un plazo máximo de 12 meses, contado a partir de que se notifique a los contribuyentes el inicio de las facultades de comprobación, salvo los casos de excepción previstos en el *Código Fiscal de la Federación*.

¿Una visita domiciliaria puede concluir de forma anticipada?

Sí, la autoridad fiscal deberá concluir anticipadamente la visita domiciliaria, cuando el visitado opte por dictaminar sus estados financieros por contador público autorizado, salvo los supuestos que señala el *Código Fiscal de la Federación*. La autoridad fiscal deberá asentar en un acta la conclusión anticipada de la visita domiciliaria.

¿Cuál es el término para que la autoridad emita una resolución en una visita domiciliaria?

Después de que la autoridad fiscal levanta el acta final cuenta con un plazo de seis meses para notificar una resolución al visitado que contendrá el crédito fiscal que determine a su cargo.

¿Qué puede hacer el contribuyente inconforme con el crédito fiscal que la autoridad fiscal determinó?

El contribuyente podrá intentar optativamente los medios de defensa previstos por las disposiciones fiscales en contra de la resolución por la cual la autoridad determinó un crédito fiscal a su cargo, esto es el recurso de revocación o el juicio de nulidad.

3. *Acuerdos conclusivos*

¿Qué es un acuerdo conclusivo?

El acuerdo conclusivo es una opción de los contribuyentes promovida ante la Prodecon que sirve para resolver las controversias originadas en las revisiones de gabinete, visitas domiciliarias o revisiones electrónicas practicadas por la autoridad fiscalizadora.

¿Cuándo se puede solicitar un acuerdo conclusivo?

Los acuerdos conclusivos tienen como finalidad que la autoridad y el contribuyente lleguen a un acuerdo sobre hechos u omisiones detectados por las autoridades dentro del procedimiento de comprobación, antes de la determinación de un crédito fiscal.

¿Cuánto tiempo tarda un acuerdo conclusivo?

En lo que respecta al acuerdo conclusivo, este ha tenido modificaciones en el Código Fiscal de la Federación (CFF) en los últimos años. Por ejemplo, en el 2022 los acuerdos conclusivos deben terminar en un plazo no mayor a un año.

¿Cuáles son los acuerdos conclusivos?

El acuerdo conclusivo es una opción de los contribuyentes promovida ante la Prodecon que sirve para resolver las controversias originadas en las revisiones de gabinete, visitas domiciliarias o revisiones electrónicas practicadas por la autoridad fiscalizadora.

¿Cómo se llevará a cabo el trámite del acuerdo conclusivo?

El acuerdo conclusivo se tramitará, a través de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon), por medio de un escrito libre, en el que se deberá manifestar los hechos u omisiones que se atribuyan y con las que no se está de acuerdo, expresando la calificación que, en su opinión, debe darse a los mismos.

VI. MEDIOS DE DEFENSA DESPUÉS DEL ACTO DE FISCALIZACIÓN (CRÉDITO FISCAL)

1. *Aclaración administrativa*

¿Cuáles son los medios de defensa en materia fiscal?

Conforme lo indica su nombre, los medios técnicos de defensa son aquellos que solo el imputado puede presentar o que pueden ser deducidos de oficio por el juez.

Como su nombre lo dice, son la presentación (en una primera instancia) de un método escrito o recurso con el propósito de extinguir efectos legales. En segunda instancia puede ser también acudir a un Juicio Contencioso Administrativo.

¿Cuáles son los medios de defensa para que los contribuyentes puedan defenderse en procedimientos administrativos?

En una situación como la descrita, el contribuyente tiene que establecer una estrategia para su defensa fiscal, pudiendo recurrir a varios tipos de defensa que pueden ser: recursos administrativos, la defensa jurisdiccional y la defensa no jurisdiccional.

2. Recurso administrativo

¿Qué es el recurso de revocación en materia administrativa?

Permite impugnar actos o resoluciones definitivas de la autoridad fiscal federal si se considera que no fueron emitidos tomando en cuenta las disposiciones legales.

¿Qué medios de defensa se pueden hacer valer en contra de la resolución definitiva?

Recurso administrativo de revocación, ante el SAT o la autoridad coordinada, aclarando que este es optativo, es decir, el interesado lo puede o no hacer valer antes de acudir al juicio contencioso administrativo.

3. Juicio contencioso

Lo regula la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, cuyo Título I, Del Juicio Contencioso Administrativo Federal, Capítulo I, Disposiciones Generales, prevé:

Artículo 2o.- El juicio contencioso administrativo federal, procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Asimismo, procede dicho juicio contra los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación. Las autoridades de la Administración Pública Federal tendrán acción para controvertir una resolución administrativa favorable a un particular cuando estime que es contraria a la ley.

El contencioso administrativo es el juicio, recurso o reclamación, ubicado en un determinado orden de jurisdicción relativa, que se interpone —después de agotada la vía gubernativa— en unos sistemas, ante los Tribunales Judiciales y, en otros, ante Tribunales Administrativos Autónomos, sobre pretensiones o conflictos en preceptos de Derecho Administrativo.

Entre estas últimas están las facultades regladas, que se litigan entre particulares y la Administración Pública —federal o local— por las resoluciones o actos ilegales dictados por esta, que lesionan o vulneran los derechos establecidos anteriormente en favor del reclamante, por una ley, un reglamento u otro precepto.

La jurisdicción de los tribunales administrativos o el control jurisdiccional de la Administración, son los encargados de resolver las controversias o reclamaciones entre la Administración y los particulares, con motivo de la aplicación de una ley administrativa y se denomina contencioso administrativo o función de control de legalidad de la actividad de la Administración Pública como sujeto de Derecho Administrativo.

4. Juicio de amparo

¿Qué es el juicio de amparo y en qué consiste?

El juicio de amparo tiene como finalidad la protección de las garantías del gobernado y el régimen competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados. Extiende su tutela a toda la Constitución a través de la garantía de legalidad consagrada en el Artículo 16.

¿Cuándo se aplica el juicio de amparo?

El recurso de amparo se interpone en contra del funcionario o autoridad que ordene el acto que se presume violatorio de la Constitución Política, contra el agente executor o contra ambos. El funcionario es el recurrido y contra él la parte agraviada endereza su acción.

¿Qué busca el juicio de amparo?

El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite, entre otros supuestos, por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

¿Cuántas etapas tiene el amparo?

Las etapas procesales del juicio de amparo son:

- a) Expositiva;
- b) Probatoria;
- c) Conclusiva;
- d) Resolutiva;
- e) Impugnativa;
- f) Ejecutiva.

5. Caducidad y prescripción

La *prescripción* es la consolidación o extinción de un derecho, que tiene como causa el paso o transcurso del tiempo. Este concepto suele tener un carácter subjetivo.

Por otro lado, la *caducidad* suele referirse al límite temporal para poder exigir ciertos derechos y acciones legales.

6. El procedimiento administrativo de ejecución

En el desarrollo del Procedimiento Administrativo de Ejecución (PAE) se seguirá, según el caso concreto, todas o algunas de las siguientes etapas:

- Mandamiento de ejecución;
- Requerimiento de pago;
- Embargo;
- Avalúo;
- Convocatoria;
- Remate;
- Adjudicación de los bienes;
- Aplicación de producto del remate;
- Aseguramiento precautorio.

¿Qué es embargo en el procedimiento administrativo de ejecución?

La autoridad fiscal practica *el embargo* sobre bienes para rematarlos, enajenarlos fuera de subasta o adjudicarlos en favor del fisco y satisfacer así el crédito fiscal y sus accesorios legales.

La autoridad puede también practicar el embargo de depósitos o seguros a efecto de que se realicen transferencias de fondos para satisfacer el crédito fiscal y sus accesorios legales.

¿Qué bienes pueden ser embargados en el Procedimiento Administrativo de Ejecución (PAE)?

Los bienes que pueden ser señalados por la persona que atiende la diligencia de embargo en el PAE o bien por la autoridad ejecutora son los siguientes:

- Bienes inmuebles;
- Acciones, bonos, cupones vencidos, valores mobiliarios, créditos de inmediato y fácil cobro a cargo de entidades o dependencias de la Federación, Estados, municipios, instituciones o empresas de reconocida solvencia;
- Derechos de autor, patentes de invención, registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas y avisos comerciales;
- Obras artísticas, colecciones científicas, joyas, medallas, armas, antigüedades, instrumentos de arte y oficios;
- Dinero y metales preciosos;
- Depósitos bancarios, componentes de fondos de ahorro o inversión;

- Bienes muebles distintos a los anteriores;
- La negociación del contribuyente.

¿Cuáles son los bienes que quedan exceptuados de embargo?

La autoridad fiscal no puede embargar los siguientes bienes, por estar exceptuados de embargo o ser inembargables de conformidad con el *Código Fiscal de la Federación*:

- El lecho cotidiano, los vestidos del deudor y de sus familias;
- Los muebles de uso indispensable del deudor y de sus familiares, no siendo de lujo a juicio del ejecutor;
- Los libros, instrumentos, útiles y mobiliario indispensable para el ejercicio de la profesión, arte y oficio a que se dedique el deudor;
- La maquinaria, enseres y semovientes de las negociaciones cuando sean necesarios para su actividad ordinaria;
- Las armas, vehículos y caballos que los militares en servicio deban usar conforme a las leyes;
- Los granos, mientras estos no hayan sido cosechados, pero no los derechos sobre las siembras;
- El derecho de usufructo;
- Los derechos de uso o de habitación;
- El patrimonio de familia en los términos que establezcan las leyes desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad;
- Los sueldos y salarios;
- Las pensiones de cualquier tipo;
- Los ejidos;
- Los depósitos que una persona tenga en su cuenta individual de ahorro para el retiro, conforme a lo establecido en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

¿La autoridad fiscal puede inmovilizar las cuentas bancarias del contribuyente?

Sí, la autoridad fiscal podrá inmovilizar los depósitos bancarios, seguros o cualquier otro depósito en moneda nacional o extranjera, que se realice en cualquier tipo de cuenta que tenga a su nombre el contribuyente en las entidades financieras o sociedades cooperativas de ahorro, préstamo de inversiones y valores, a excepción de los depósitos que tenga en su cuenta individual de ahorro para el retiro.

En la práctica, los contribuyentes identifican a este acto de la autoridad fiscal como “congelar cuentas bancarias”.

¿La autoridad fiscal puede embargar bienes que son propiedad de un tercero?

- a) Si al momento de señalar bienes para embargo, un tercero se opone y demuestra documentalmente ser el propietario de esos bienes, a juicio del ejecutor, no se practicará el embargo. Por ejemplo, si la autoridad fiscal pretende embargar el auto de un vecino del contribuyente deudor, este podrá, durante la diligencia, oponerse al embargo acreditando con la factura del auto que es el propietario.
- b) El tercero que afirme ser propietario de los bienes o negociaciones, o titular de los derechos embargados podrá hacer valer el recurso de revocación en cualquier tiempo, antes de que se finque el remate, se enajenen o adjudiquen los bienes a favor del fisco federal.

7. Embargo precautorio

Medida cautelar que puede solicitarse previamente o al momento de interponer una demanda, sin necesidad de constituir garantía, siempre que la ley lo autorice de forma específica en relación con el bien discutido, o si la demanda se funda en prueba documental que a criterio del juez autorice dictar la medida cautelar.

¿Cómo se lleva a cabo el embargo precautorio?

Procederá el embargo precautorio cuando el contribuyente:

- Haya desocupado el domicilio fiscal sin haber presentado el aviso de cambio de domicilio, después de haberse emitido la determinación respectiva.
- Se oponga a la práctica de la notificación de la determinación de los créditos fiscales correspondientes.

¿Qué se puede embargar en un embargo precautorio?

Generalmente, se suelen realizar embargos para garantizar el pago de una deuda. Por ejemplo, si tienes un crédito hipotecario y no has pagado las cuotas, y la entidad considera que no piensas pagarlas; el banco, por medio de un proceso judicial, puede embargar la vivienda.

8. Infracciones y delitos en materia fiscal

¿Qué son las infracciones y delitos fiscales?

La infracción es el género de lo ilícito, el delito es la especie de ese género; la infracción fiscal, según el artículo 70 del Código Fiscal de la Federación amerita una pena económica,

en forma de multa; el delito amerita pena corporal; la multa la aplica la autoridad fiscal y la pena corporal, la autoridad judicial.

¿Cuáles son los delitos en materia fiscal?

Tipos:

1. Evasión de tributos estatales, de la comunidad autónoma o gobierno local.
2. Defraudación Fiscal y a la Seguridad Social.
3. Beneficiarse de subvenciones, desgravaciones o ayudas públicas sin cumplir con los requisitos legales.
4. Obtención indebida de fondos públicos.
5. Delitos contables.
6. Contrabando
7. Elusión fiscal.
8. Simulación fiscal.
9. Delito fiscal calificado.

¿Qué dice el artículo 108 del Código fiscal de la Federación?

“Artículo 108. El delito de defraudación fiscal se sancionará con prisión de tres meses a seis años el monto de lo defraudado no excede de 1000 veces el salario; cuando exceda, la pena será de tres a nueve años de prisión.”

¿Qué dice el artículo 92 del Código fiscal de la Federación?

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público tendrá el carácter de víctima u ofendida en los procedimientos penales y juicios relacionados con delitos previstos en este Código. Los abogados hacendarios podrán actuar como asesores jurídicos dentro de dichos procedimientos.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

...

VIII. Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 del Código Fiscal de la Federación.

VIII Bis. Defraudación fiscal, previsto en el artículo 108, y los supuestos de defraudación fiscal equiparada, previstos en los artículos 109, fracciones I y IV, ambos del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación;

VIII Ter. Las conductas previstas en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor de los comprobantes fiscales que amparan operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación;

...

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De lo anterior, es posible concluir que el fraude fiscal es un fenómeno con causas y motivaciones múltiples, dependiendo del contexto en el que cada individuo se desarrolla y la información con la que cuenta.

Evidentemente, la obligación del pago de impuestos como un deber cívico, éste puede verse incumplido según el escenario económico del país y de cada individuo, pese a que se rechaza la evasión fiscal, aún existe un porcentaje de individuos que se siente indiferente o a favor de no pagar impuestos.

Aún existan personas que piensen que si no se pagaran impuestos viviríamos mejor, lo anterior es preocupante, pues revela que no se cuenta con información respecto a los beneficios sociales de la tributación y que gracias a los impuestos se puede contar con servicios públicos, seguridad y un gobierno proveedor de educación y salud para todos, de hecho, este supuesto se comprueba con el desconocimiento de la mayoría del Programa de Educación Fiscal del SAT.

De la misma forma, nos lleva a pensar en otro tema que es fundamental cuando se estudia las relaciones sociales y del estado, la cohesión social de que los individuos que no están comprometidos con su país y con el bienestar del pueblo, pueden ser más dañinos que la evasión misma.

Por otra parte, el desconocimiento de las herramientas fiscales, así como sus mecanismos y medios de difusión, coadyuvan a propiciar el fenómeno del fraude fiscal, pues la ignorancia o la resistencia en materia contributiva abona en gran medida a que el problema de evasión fiscal se replique y aumente.

Por lo que las políticas públicas que desencadenen en el uso eficiente de los recursos, no al considerar como la más importante razón del fraude, ineficiencia y corrupción en el gobierno.

De la misma forma, hacer una mejor redirección del gasto social, que incida en elevar la educación y la cultura y se disminuya la delincuencia, manteniendo a los individuos instruidos y ocupados se podrá contar con mejores niveles de desarrollo, propiciando el cumplimiento de objetivos de desarrollo sostenible sobre fin de la pobreza, salud y bienestar, educación de calidad, trabajo decente y crecimiento económico, paz, justicia e instituciones sólidas; si se cumplen estos, los demás vienen por añadidura.

Y contar con una población comprometida con el crecimiento de su país y su sociedad, trae beneficios en muchos más ámbitos; por ello, es fundamental trabajar desde una perspectiva social-fiscal en contra del fraude fiscal, elevando la confianza de la población y atacando precisamente la corrupción tanto en el gobierno como en las empresas.

Por otra parte, la labor de las universidades e institutos también son fundamentales en el combate al fraude fiscal, pues con educación de calidad dentro de una esfera de ética personal, empresarial y fiscal se puede disminuir la evasión y las prácticas fraudulentas.

VIII. FUENTES DE INFORMACION

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6497/9.pdf>.

https://biolex.unison.mx/index.php/biolex_unison_mx/article/view/232.

<https://elanlegal.com.mx/defensa-fiscal/#:~:text=Es%20una%20serie%20de%20instrumentos,sobre%20los%20actos%20de%20autoridad>.

<https://kupfertax.mx/que-es-la-defensa-fiscal/>.

<https://kupfertax.mx/que-son-los-medios-de-defensa-fiscal/>.

<https://loftonsc.com/contabilidad-contable-fiscal/defensa-fiscal/>.

<https://www.ccpudg.org.mx/wp-content/uploads/9-Bolet%C3%ADn-Fiscal-121-SEPTIEMBRE-2015-Medios-de-Defensa-en-Materia-Fiscal-Federal.pdf>.

<https://www.ccpudg.org.mx/wp-content/uploads/9-Bolet%C3%ADn-Fiscal-121-SEPTIEMBRE-2015-Medios-de-Defensa-en-Materia-Fiscal-Federal.pdf>.

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPDC.pdf>.

<https://www.facebook.com/CentroCarbonell/videos/defensa-fiscal/199749749786633/>.

<https://www.gob.mx/prodecon>.

<https://www.gob.mx/prodecon/que-hacemos>.

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-55452022000100204.

<https://www.soyconta.com/que-son-los-medios-de-defensa-fiscal/>.

<https://www.veritas.org.mx/Impuestos/Fiscal/Medios-de-defensa-del-contribuyente>.

<http://www.prodecon.gob.mx/index.php/home/hb/buscador-de-criterios>.

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR¹

José Carlos ESPÍRITU CABAÑAS²

Dentro del marco de la Colección en Derecho Administrativo impulsada por la editorial Tirant lo Blanch y bajo la dirección de Josefina Cortés Campos, los autores Jorge Alberto Estrada Cuevas y Manuel Lucero Espinosa, ambos Magistrados con amplia experiencia en la materia, se dan a la tarea de adentrarse en un área poco explorada del Derecho Administrativo, cuyas bases, centradas en la facultad para castigar del Estado, se encuentran en un proceso de construcción y desarrollo, concebido en el ámbito jurídico como Derecho Administrativo Sancionador.

El punto de partida para ambos autores se circunscribe sobre la facultad sancionadora atribuida a las autoridades administrativas como un derecho para ejercer y hacer valer sus funciones frente a los administrados, en tanto se trata de un aspecto toral de la potestad punitiva del Estado al igual que el Derecho Penal; no obstante, a diferencia de este —apuntan—, carece de principios, normas y criterios expresamente definidos que permitan aplicarlo sin dar margen a interpretaciones diversas.

De este modo, los esfuerzos se dirigen a la construcción de una teoría del Derecho Administrativo Sancionador, enraizado en la comprensión sistemática de las normas que regulan los procedimientos administrativos sancionadores y las notas que comparten con el proceso penal; el desarrollo jurisprudencial que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Federales han emitido al respecto para delimitar su campo de acción; y, sobre todo, las opiniones vertidas por variados expertos en la materia de conformidad con el conocimiento que la práctica y la reflexión les ha permitido generar.

En esa línea, el capítulo primero aborda la esencia de la potestad punitiva del Estado, entendida como la capacidad para infringir un castigo, una pena o sanción a todo aquél que se conduzca de forma contraria a la ley. De suyo, explican las notas que permiten identificar a este Derecho Administrativo Sancionador y, a su vez, sustraerse del derecho penal como orden jurídico propio, a pesar de compartir sustancialmente la misma función.

¹ Estrada Cuevas, Jorge Alberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Derecho Administrativo Sancionador*, México, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 295.

² Oficial Judicial adscrito a la Secretaría de Acuerdos del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Veracruz. Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana. Egresado de la Especialidad en Derechos Humanos y Justicia Administrativa del Centro de Estudios Superiores en Materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Ciclo 2022-2023.

En el segundo capítulo, se procede a la conceptualización de lo que, en el Derecho Administrativo, se puede entender como infracción, aludiendo a toda acción u omisión que se traduzca en trasgresión a las leyes administrativas, en otras palabras, obrar en contra de lo que dicten. En este apartado, se efectúa una distinción de las infracciones con los delitos o las faltas. Asimismo, se desarrollan los elementos que las componen y su clasificación.

Como consecuencia metodológica de estudio, el tercer capítulo comprende la construcción teórica de la sanción como consecuencia jurídica de la infracción administrativa. Así las cosas, con apoyo de las características que en materia penal se han descrito sobre las penas como consecuencia del delito, aquí, se presentan los elementos que distinguen a las sanciones administrativas, como la tipicidad, su carácter formal y material, su diferencia con la coacción, los tipos de sanción, su graduación y los principios de fundamentación y motivación que debe considerar el órgano administrativo al imponerlas.

Establecido el marco contextual de los dos conceptos anteriores —infracción y sanción—, en el cuarto capítulo se analiza la instrumentalidad del procedimiento administrativo sancionador como la vía que debe seguir la autoridad administrativa sancionadora para cumplir su objetivo. De esta manera, se expone la relevancia que cobra el debido proceso como derecho sustantivo y adjetivo, así como las garantías y principios que lo componen, las cuales deben ser plenamente observadas. De igual modo, se reseñan las etapas que integran el procedimiento sancionador y las autoridades que deben participar en cada una, así como las facultades preventivas y definitivas con que cuentan para lograr su cometido.

Finalmente, un capítulo que se advierte de suma importancia para los autores es el de la prescripción y la caducidad, como garantías ambivalentes dentro del procedimiento administrativo sancionador, que imponen, por un lado, la carga a la autoridad administrativa de trabajar con eficacia dentro de un periodo establecido, y, por el otro, la seguridad jurídica al ciudadano de contar con un procedimiento delimitado temporalmente. Esta labor les permite discernir sobre la naturaleza y efectos de ambas figuras jurídicas.

El trabajo reseñado, se erige como una obra de consulta obligatoria para todos aquellos operadores jurídicos y estudiosos de la materia jurídica administrativa que día con día se desenvuelven en el campo de los procedimientos administrativos sancionadores, ya sea desde el ámbito de responsabilidades, ambiental, fiscal e incluso electoral; puesto que, su contenido, se cierne sobre normas, principios y criterios sólidos formulados sobre bases teóricas y jurídicas sustentadas en la práctica y en la experiencia.



TEJA
—
TRIBUNAL FEDERAL
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA