

EL CRITERIO DE REVISIÓN PARA MEXICO

*Hernany Veytia Palomino
José Ángel Gutiérrez*

Sumario: I. Jerarquía del TLCAN; II. Impugnación ante tribunales de la resolución definitiva emitida por SECOFI; 1. El artículo 238 del Código Fiscal; 1.1. Incompetencia de la autoridad que emite la resolución; 1.2. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecten las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, incluso la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso; 1.3. Vicios del procedimiento que afectaren las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada; 1.4. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas; 1.5. La resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponde a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades. II. Los principios generales del derecho; III. Consideraciones finales; III.1. ¿Quién resolverá?; 2. ¿Con qué criterio?

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en su artículo 1904 y el anexo 1911 se refiere a la aplicación de criterios de revisión (traducción literal del inglés *standard of review*), para tratar lo que más bien debería llamarse el derecho aplicable o ley aplicable a la controversia. El propósito de este artículo es presentar un análisis de tal «criterio de revisión» mexicano, para que pueda ser comprendido por juristas extranjeros.

El criterio de revisión mexicano consta de dos partes:

A) La aplicación del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación y

B) «Los principios generales del derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente aplicable»¹.

I. JERARQUÍA DEL TLCAN

El TLCAN es un tratado internacional de acuerdo con el artículo 2º, inciso 1, subinciso a) de la Convención sobre el Derecho de los Tratados². El punto medular de la aplicación de los tratados es el relativo a su ubicación en un sistema jurídico en particular; concretamente a su relación con la Constitución y, un sistema federal, con leyes federales y locales. El problema se complica especialmente por la mutua interferencia que ejercen sobre él los enfoques del derecho internacional público y del derecho constitucional. Hoy en día, dada la apertura de México a los mercados mundiales, coexisten estos dos puntos de vista que parecen irreconciliables. En cada uno de ellos se mantiene una posición precisa y cerrada, que atiende a los intereses de la materia en cuestión y atribuye consecuencias específicas que afectan a los sujetos de ambas áreas de manera indistinta³. El derecho internacional insiste en la superioridad de los tratados frente a los derechos nacionales, cualquiera que sea la norma de que se trate, incluso, a veces, la Constitución. Ante el incumplimiento de un tratado o su aplicación inadecuada, recae la sanción internacional. El derecho constitucional comparado demuestra que,

¹ TLCAN artículo 1904 (3).

² Firmada en Viena (publicada en el DOF del 14 de febrero de 1975), artículo 2.

Términos empleados: para los efectos de la presente Convención:

a) Se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Aunque los Estados Unidos no son parte, en este aspecto la Convención es meramente codificadora, por lo que el contenido de la disposición es aplicable a los tres Estados partes en el TLCAN. *Cfr.* artículo 4 de la misma Convención. La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados «es un tratado que versa sobre tratados y que tiene una concepción de los mismos, entendidos estos últimos, como otro procedimiento técnico de formación de normas, en este caso convencionales». Tiene gran importancia porque es el régimen jurídico más completo que existe en la actualidad para regular tal clase de actos jurídicos, razón por la cual sus normas han sido reconocidas y aplicadas por la jurisprudencia internacional y por los propios Estados, aun antes del 27 de enero de 1980, fecha en que entró en vigor. César Moyano Bonilla, *La interpretación de los Tratados Internacionales* (Montevideo), 1985, p. 15.

³ Laura Trigueros Gaisman, «Tratados Internacionales» en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, octubre 1996, p.101.

en la mayor parte de los sistemas jurídicos actuales, los tratados tienen una jerarquía inferior a la Constitución ⁴, por lo que, si sus preceptos la contrarían en algún punto, su aplicación puede resultar imposible, independientemente de la responsabilidad internacional que pudiera fincarse en contra del Estado ⁵.

Esta situación impide que el tema pueda abordarse desde ambas perspectivas a la vez. Dado que el problema de la aplicación de tratados interesa sobre todo al derecho del Estado que los ha suscrito, es éste el enfoque que se aborda, sin que ello implique desconocer sus repercusiones en el ámbito internacional.

La materia del comercio internacional ⁶ en México encuentra su fundamento constitucional en los artículos 28, 73(x) y 131. En este último, por ejemplo, se establece que la materia de comercio es de índole federal y faculta al Ejecutivo a regular el comercio nacional e internacional. La ley que precisa los alcances de este artículo constitucional es la Ley de Comercio Exterior ⁷, ésta, entre otras materias, detalla las facultades de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) y las disposiciones relativas al procedimiento de discriminación de precios, subvenciones y salvaguardas en materia de investigaciones de *dumping* ⁸ también son relevantes el reglamento a la Ley de Comercio Exterior ⁹, la Ley

⁴ Los constitucionalistas suelen decir que la Carta Magna es el fundamento del orden jurídico y, por lo mismo, es fundamental: a) como garantía de perdurabilidad de dicho orden; b) como expresión de contenido esencial para que el orden pueda existir; y c) como principio, base o fundamento en el que descansan los restantes ordenamientos jurídicos. *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ La jerarquía de normas en México, como lo enunció el panel del Acero en Placa de Hoja MEX-94-1904-02 fue «(i) the Mexican Constitution; (ii) treaty law; (iii) statutes; (iv) legislative history; (v) regulations; (vi) administrative practice, and (vii) judicial precedent, all to the extent that the Fiscal Tribunal would have relied on such sources. Of course, not all of these sources of law, are of equivalent rank».

⁷ (LCE) Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 27 de julio de 1993. Actualmente se encuentra en el Congreso una iniciativa de reforma.

⁸ Recuérdese que el artículo 1902 señala que cada una de las Partes se reserva el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias [...]. Se consideraran disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, según corresponda en cada Parte, las leyes pertinentes, los antecedentes legislativos, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales».

⁹ Publicado en el *DOF* el 30 de diciembre de 1993.

de la Administración Pública Federal ¹⁰, el Reglamento Interior ¹¹, el Manual de Organización de la SECOFI, Secretaría que realiza la investigación de *dumping*, determina el daño y emite la resolución definitiva ¹², también podrían llegar a ser relevantes los acuerdos delegatorios de facultades.

II. IMPUGNACIÓN ANTE TRIBUNALES NACIONALES DE LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA EMITIDA POR SECOFI

El TLCAN en su artículo 1904 (1) establece que cada una de las partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.

En el caso de México, un particular que desee impugnar la resolución de SECOFI puede optar entre el recurso administrativo ante la propia SECOFI, el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación o el juicio de amparo ante los tribunales colegiados de circuito.

¹⁰ LOAPF entró en vigor el 29 de diciembre de 1976 y a partir de esa fecha ha sido reformada en diversas ocasiones, modificando las atribuciones concedidas a las diversas Secretarías de Estado, como la SECOFI. El fundamento Constitucional de esta ley es el artículo 90 de la Constitución, las facultades y obligaciones se encuentran en el artículo 89 fracción I. Respecto a las atribuciones de cada secretaría véase LOAPF artículo 14 a 19. El artículo 18 se refiere al Reglamento Interior de cada secretaría y el artículo 19 al Manual de Organización. Los tres primeros casos interpuestos ante el Secretariado del TLCAN en México presentaron problemas de competencia, dado que no se publicó oportunamente el Reglamento Interior de la SECOFI. En esta porción del artículo no analizamos los argumentos dados por los paneles del acero particularmente, ya que hoy en día ya se encuentra en vigor el nuevo reglamento que dejaría sin objeto para futuros casos cualquier discusión sobre este punto. Independientemente de que ya habrán prescrito las acciones que sobre este argumento pudieran haberse hecho valer.

¹¹ Estos documentos resultan muy importantes para determinar la competencia de la autoridad... «It's a core principle of the Mexican juridical system that state organs and administrative authorities may do only that which they have been expressly authorized by law to do». Decisión de la mayoría del panel MEX-94-1904-02.

¹² Artículo 126 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior (RLCE).

1. El Artículo 238 del Código Fiscal

El anexo 1911 del TLCAN señala que el criterio de revisión para México es el establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley o disposición que lo sustituya, sólo tomando en cuenta el expediente.

El texto del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación se transcribe a continuación:

Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

- I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.
- II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.
- III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.
- IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas.
- V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

El Tribunal Fiscal de la Federación podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para

dictar la resolución impugnada y la ausencia de fundamentación o motivación ¹³.

Los órganos arbitrales o páneles binacionales derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo ¹⁴.

El criterio de revisión contenido en el artículo antes transcrito, supone que la resolución objeto de revisión no se habrá ajustado a derecho si adolece de alguno de los siguientes elementos:

1.1. Incompetencia de la autoridad que emite la resolución

Competencia, desde un punto de vista sociológico, es la facultad que la ley brinda al poder público a fin de satisfacer las necesidades sociales para las que fue creada. Sin embargo, la figura de la competencia puede estudiarse desde dos aspectos: a) con fundamento en la legitimidad del nombramiento del servidor público que representa al órgano del Estado, examinándose así la validez de los actos que dicta a nombre de la institución; y, b) con base en las atribuciones que deriven de la ley, relacionadas con el órgano de que se trate.

La primera de ellas, es denominada por la SCJN como incompetencia de origen, consiste en el examen de la legitimidad de quien ocupa el cargo público y dicta los actos de autoridad que afectan la esfera jurídica de los gobernados. El argumento contundente de los que pregonaban la Teoría de la Incompetencia de Origen ¹⁵ y sus efectos, versa en la afirmación de que toda autoridad ilegítima es incompetente de origen, pues si no cumple con las formalidades que

¹³ Este párrafo fue adicionado en las reformas publicadas en el *DOF* del 15 de diciembre de 1995.

¹⁴ Este último párrafo fue adicionado en las reformas del *DOF* del 30 de diciembre de 1996.

¹⁵ Esta teoría fue creada por don José Ma. Iglesias, siendo presidente de la SCJN y al examinarse el concepto «competencia» del artículo 16 de la Constitución de 1857.

la ley exige para el desempeño de la función pública, sus actos, son sólo actos de particulares ya que no es representante del órgano del Estado ¹⁶.

La SCJN ha dictado jurisprudencia donde establece la interpretación jurídica del artículo 16 constitucional en relación con la incompetencia de origen diciendo:

Incompetencia de origen. La Corte ha sostenido el criterio de que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas, que incumben constitucionalmente a otros poderes, en el amparo no debe juzgarse sobre la ilegalidad de la autoridad, sino simplemente sobre su competencia, pues si se declara que una autoridad señalada como responsable, propiamente no era autoridad, el amparo resultaría notoriamente improcedente. Sostener que el artículo 16 de la Constitución prejuzga la cuestión de legitimidad de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los Estados, sin fundamento constitucional y por medio de decisiones de un poder que como el judicial carece de facultades para ello, convirtiéndose en arbitrio de la existencia de Poderes que deben ser independientes de él ¹⁷.

Como bien lo interpreta la Corte, el poder judicial de la Federación no tiene la facultad de examinar la legitimidad de quien ocupa un cargo público, salvo que se trate de nombramientos dados dentro de ese mismo poder. Esto se desprende del estudio de los artículos 103 a 107 de la Constitución. La competencia, como requisito de validez constitucional y licitud de los efectos jurídicos de los actos de autoridad, debe estudiarse al amparo de la figura del principio de legalidad y no en cuanto a la legitimidad de quien ocupa la titularidad del órgano público ¹⁸.

¹⁶ Jorge Alberto Mancilla Ovando, *op. cit.* p.6.

¹⁷ Apéndice 1917-1965 sexta parte, jurisprudencia común al Pleno y a las salas, tesis 113, p. 217.

¹⁸ Jorge Alberto Mancilla, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, p. 61 (1992).

La segunda figura es denominada por la SCJN como competencia constitucional y consiste en el acatamiento del principio de legalidad. Como requisito formal de validez constitucional de los actos de autoridad, la competencia implica realizar la función pública en los términos que manda la ley. El examen de esta competencia se hace a la luz de los ámbitos de validez de la disposición legal por razón del territorio, por razón de la vigencia, por razón de la materia y fuero y por razón de la calidad jurídica de la persona a quien se aplica la ley ¹⁹.

La competencia del funcionario, es un requisito esencial para que un acto de autoridad sea constitucional. Es tan importante este punto que la SCJN ha llegado a afirmar que «las cuestiones de competencia son de orden público y ello implica que al plantearse una cuestión de esta índole, la Sala se encuentra obligada a examinarla exhaustivamente» ²⁰. También resulta de interés la siguiente jurisprudencia del Pleno del Tribunal Fiscal de la Federación:

Competencia. Su fundamentación es requisito esencial del acto de autoridad.- Haciendo una interpretación armónica de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales, se advierte que los actos de molestia y privación deben, entre otros requisitos, ser emitidos por autoridad competente y cumplir las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté facultado expresándose, como

¹⁹ *Ibidem*, «si el acto de autoridad se dicta para supuestos ocurridos fuera de la jurisdicción territorial del órgano público, el acto es inconstitucional al ser formulado por autoridad incompetente; si el acto de autoridad se dicta con fundamento en una ley abrogada, que suprime las facultades del órgano público, el acto es inconstitucional al ser formulado por autoridad incompetente; si el acto de autoridad fue dictado para aplicarse en una materia o fuero distinto de los que integran la esfera de competencia del órgano del Estado, el acto es inconstitucional al ser formulado por autoridad incompetente; y si, el acto de autoridad pretende aplicar la ley a una persona que goza de inmunidad constitucional —como excepción al principio de igualdad jurídica que se encuentra consagrada en los artículos 108 y 109 de la Constitución— el acto es inconstitucional por ser incompetente la autoridad para aplicar la ley a quienes se encuentran en los casos de excepción del principio de igualdad jurídica».

²⁰ Amparo Directo 226/89, visible en el Informe presentado a la Suprema Corte por su presidente al terminar el año de 1989, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, volumen II, p. 822.

parte de las formalidades esenciales, el carácter con que se suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que otorgue tal legitimación. De lo contrario, se dejaría al afectado en estado de indefensión, ya que al no conocer el apoyo que faculte a la autoridad para emitir el acto, ni el carácter con que lo emita, es evidente que no se le otorga la oportunidad de examinar si su actuación se encuentra o no dentro del ámbito competencial respectivo, y es conforme o no a la Constitución o a la ley, para que, en su caso, esté en aptitud de alegar, además de la ilegalidad del acto, la del apoyo en que se funde la autoridad para emitirlo, pues bien puede acontecer que su actuación no se adecue exactamente a la norma, acuerdo o decreto que invoque, o que éstos se hallen en contradicción con la ley fundamental o la secundaria»²¹.

Para que un funcionario sea competente es necesario que la unidad administrativa a la cual se encuentra asignado haya sido formalmente establecida y que actúe dentro de la esfera de las atribuciones o funciones que le fueron conferidas.

«La garantía de la competencia» a que se refiere el artículo 16 de la Constitución Mexicana concierne al conjunto de facultades con que la propia Ley Suprema inviste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de una autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se excede de la órbita integrada por tales facultades, viola la expresada garantía»²².

Insistimos en que a la autoridad sólo se le permite realizar aquello para lo que ha sido expresamente facultada por la ley, y si sus actos tienen repercusión ante terceros o afectan a un particular, necesariamente deben ser publicados, en el *Diario Oficial de la Federación* (o en la gaceta de los estados tratándose de autoridades locales).

El artículo 238 fracción I, se refiere a la incompetencia del funcionario que haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva la resolución.

²¹ *Gaceta S.J.F.* núm. 77. Pleno, mayo 1994. p. 12.

²² *Ibidem.* Cirtdno a Burgoa Ignacio, *Las Garantías Individuales*, México, 1985. p. 595.

Respecto a la interpretación literal de esta fracción, en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* se encuentra:

Ordenar (del lat. *ordinare*). Tr. Poner en orden, concierto y buena disposición una cosa.// 2. Mandar y prevenir que se haga una cosa.// 3. Encaminar y dirigir a un final.// 4. Conferir las órdenes a uno [...].

Dictar (del lat. *dictare*). Tr. Decir uno algo con las palabras necesarias o convenientes para que otro lo vaya escribiendo.// 2. Tratándose de leyes, fallos, preceptos etcétera, darlos, expedirlos, pronunciarlos.// 3[...].

Tramitar. Hacer pasar un negocio por los trámites debidos.

El caso más frecuente, nos dice Emilio Margain, «es el que se presenta cuando el acto es emitido por quien no tiene atribuida la facultad que está ejerciendo. Ello se descubre examinando los preceptos en que la autoridad se apoya para expedir su acto, o bien cuando se acude al ordenamiento, generalmente el Reglamento Interior de la Secretaría o Departamento Administrativo que recoge las unidades administrativas y asigna las funciones de cada una de ellas, para observar que en efecto tiene la competencia que se atribuye»²³.

Recuérdese que también existe el criterio del Tribunal Fiscal de que es necesario fundar la competencia en el acto mismo de molestia²⁴.

²³ Emilio Margain M., *El Recurso Administrativo en México*, Porrúa, segunda edición, México, 1992.

²⁴ La garantía del artículo 16 constitucional, consiste en que todo mandamiento de autoridad se emita por autoridad competente, cumpliéndose las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien está legitimado para ello, expresándose en el texto del mismo, el dispositivo, acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación, pues en caso contrario, se dejaría al afectado en estado de indefensión para examinar si la actuación de la autoridad se encuentra dentro del ámbito competencial respectivo, esto es, si tiene facultad o no para emitirlo.

Sala Superior del TFF en sesión del 11 de mayo de 1990. Firman, el Magistrado Armando Díaz Olivares, Presidente del Tribunal Fiscal de la Federación y la licenciada María Jesús Herrera Martínez, Secretaria General de Acuerdos, que da fe.

Otro punto de interés es el principio de que «donde la ley no distingue no tenemos por qué distinguir». La primera fracción del artículo 238 se refiere a la incompetencia del funcionario y no a la ilegitimidad de su nombramiento. La incompetencia del funcionario se refiere a que el órgano administrativo carece de facultades, sin importar quién sea su titular. Si la primera fracción del 238 se refiriera a la ilegitimidad, habría sido necesario que así lo hubiera expresado el legislador²⁵.

«Existe también la incompetencia por invasión de funciones *ratione persone*, cuando una autoridad administrativa ejerce funciones que corresponden a otra con la que no existe vínculo jerárquico; por invasión de funciones *ratione loci*, cuando la autoridad actúa fuera del área geográfica que legítimamente tiene asignada, y la incompetencia por invasión de *ratione temporis*», que para Aragañaras se presenta cuando se toman decisiones por funcionarios que han dejado de serlo o que deben cesar de inmediato en el cargo²⁶.

Finalmente señalaremos que el hecho de que un particular se someta voluntariamente a la actuación de una autoridad incompetente no significa que con ello está convalidando el vicio de incompetencia, sino que lo hace para evitar ser sancionado por no atender los requerimientos de dicha autoridad (se dice que lo hace *ad cautelam*). Si de la actuación de esa autoridad se origina un acto de molestia, al impugnarse a través del recurso administrativo es la oportunidad de exponer tal agravio²⁷.

²⁵ Cfr. Juicio Atrayente núm. 187/91/451/91.- Resuelto en sesión del 6 de agosto de 1992, por unanimidad de 7 votos. Magistrado Ponente: Jorge Alberto García Cáceres.- Secretario: licenciado Mario de la Huerra Portillo.

²⁶ Manuel J. Argañaras, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, TEA, p. 401, citado por Margain M., *op. cit.*, p. 128.

²⁷ COMPETENCIA, EL SOMETIMIENTO VOLUNTARIO DEL PARTICULAR A LA ACCIÓN DE UNA AUTORIDAD NO PUEDE, EN PRINCIPIO, CONVALIDAR LA FALTA DE.- En estricto apego al Artículo 16 consritucional, la autoridad debe justificar cabalmente su competencia al emitir cualquier acto de molestia y salvo el caso de que por disposición de la ley dicha competencia sea prorrogable, el sometimiento voluntario del particular no puede llegar a convalidar la falta de facultades, porque es responsabilidad grave e indeclinable de todo servidor público verificar si está actuando dentro del ámbito legalmente permitido.

Amparo Directo núm. 612/88, visible en el Informe rendido a la Suprema Corre por su Presidente, al terminar el año de 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 95. (Citado por Margain M., *op. cit.*, p. 129).

2.1.2. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, incluso la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso

Esta fracción consta de tres hipótesis que deben concurrir:

- a) Que las leyes establezcan ciertos requisitos y éstos no se hayan satisfecho.
- b) Se afecte las defensas del particular.
- c) Que la omisión de los requisitos formales repercutan en la resolución. Incluso si se trata de los requisitos de fundamentación y motivación.

Con relación al primer punto se hace referencia directa a la garantía del mandamiento escrito ya que en términos constitucionales, la voluntad de los órganos del Estado adquiere la calidad de acto de autoridad siempre y cuando se consagre por escrito. Si el titular de la entidad pública no cumple con esta formalidad, su actividad sólo reflejará la existencia de anhelos personales, pero no dará nacimiento a acto de autoridad formulado por el órgano del Estado que representa²⁸.

El acto de autoridad constitucional produce efectos jurídicos cuando se establece por escrito. Es su calidad de mandamiento escrito lo que le permite nacer a la vida jurídica. Si no se cumple este requisito, estaríamos en presencia de una expectativa de derecho, pero no de un acto de autoridad. Su explicación la encontramos en que las facultades del poder público consagradas en ley, son atribuciones abstractas, generales, e impersonales, en tanto no se materialicen, y esto último sólo es posible cuando la autoridad formula el acto por escrito para hacer o dejar de hacer lo que la ley manda.

²⁸ Jorge Alberto Mancilla Ovando, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal, estudio constitucional del proceso penal*, México, 1992, p. 56.

EL CRITERIO DE REVISIÓN PARA MEXICO

La garantía individual que se estudia, se complementa con la interpretación en el sentido de que todo acto de autoridad debe ser firmado por el titular del órgano que lo dicta; y la firma tendrá que ser auténtica, sin que su omisión pueda suplirse por la firma facsimilar, o por el notificador de la determinación o cualquier trabajador de la institución pública.

Esta interpretación jurídica la ha formulado el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en materia Administrativa en la tesis que a continuación se cita:

Firma, Mandamiento escrito de autoridad competente. El Artículo 16 constitucional señala que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente. De ese lenguaje se desprende que el mandamiento escrito debe estar firmado por esa autoridad competente, porque desde el punto de vista legal es la firma la que da autenticidad a los escritos (o la huella digital, con testigos, cuando ello procede) es decir, un mandamiento escrito sin firma no puede decirse procedente de la autoridad competente, ni de ninguna otra. Y así como no podría darse curso a una demanda de amparo carente de firma, de la misma manera no puede darse validez alguna a un oficio o resolución sin firma, aunque según su texto se diga proveniente de alguna autoridad. Por otra parte, para notificar un crédito fiscal al presunto deudor del mismo, es menester que el notificador le dé a conocer el mandamiento escrito y, por ende firmado, de la autoridad que tuvo competencia para fincarle el crédito, pues sería incorrecto pensar que la firma del notificador pudiera suplir la firma de la autoridad competente de quien debió emanar el fincamiento de crédito ya que esto violaría el artículo constitucional a comento, al no ser el notificador autoridad competente para fincar créditos, sino sólo para notificarlos. Este tribunal no ignora que puede ser cómodo para algún organismo fiscal girar notificaciones y liquidaciones sin necesidad de motivarlas, fundarlas, ni firmarlas, pero también estima que un concepto de comodidad o eficiencia así concebido de ninguna manera es fundamento legal bastante para derogar una garantía constitucional, de lo que surgiría, sin duda alguna, un mal social mayor. Pues es claro que las

garantías constitucionales no pueden ni deben subordinarse al criterio de eficiencia de empleados o funcionarios administrativos²⁹.

El efecto jurídico de la firma en el mandamiento escrito, desde el punto de vista constitucional es darle autenticidad. Si el acto de autoridad consta por escrito y no está firmado por el titular del órgano del Estado, carece de validez constitucional por adolecer de autenticidad y su contenido no obliga a los particulares³⁰.

Otra consecuencia de este principio es que el acto de autoridad establecido por escrito, permite al gobernado probar su existencia. Ello significa certeza jurídica, pues a través del documento podrá acreditar sus términos sin que se puedan variar sus dictados, estando consciente de los alcances de derechos y obligaciones que se materializan al aplicar la ley, lo que le brinda la oportunidad de defensa a través de los medios de impugnación previstos por ésta³¹.

El segundo elemento, es sin lugar a dudas el que más atención recibe, se refiere tanto a los requisitos establecidos por las leyes como a las formalidades exigidas por la Constitución. Conforme al artículo 238, fracción II, señala la jurisprudencia de la Suprema Corte, son causales de anulación, la omisión o el incumplimiento de las formalidades de que deben estar revestidos la resolución o el procedimiento impugnados. El tribunal de la materia está facultado para anular un acuerdo de la autoridad gubernativa tanto si no se llenaron los requisitos previstos por la norma al correspondiente, como en el caso de

²⁹ Ejecutoria visible en el volumen 76, sexta parte, p. 37. Primer Circuito, Primero Administrativo, bajo el rubro: Amparo directo 141/75. Tecnoplásticos S.A., 29 de abril de 1975.

³⁰ El Tribunal Colegiado del Noveno Circuito en la ejecutoria visible en los volúmenes 133-138, sexta parte, p. 68, bajo el rubro Amparo en revisión 527/79, Andrés de Alba, 21 de febrero de 1980, unanimidad de votos, resolvió en el sentido de que si la firma es facsimilar y no original, no le da autenticidad al acto que se dicta y no tiene validez constitucional.

³¹ Jorge Alberto Mancilla Ovando, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, México, 1992 p. 59.

que se hayan omitido las formalidades esenciales de procedimiento consagradas por la Constitución ³².

En cuanto a los requisitos constitucionales ³³ que debe contener una visita domiciliaria se encuentran, según la jurisprudencia:

- Constar en mandamiento escrito;
- Ser emitida por autoridad competente;
- Expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena a la visita y el lugar que debe inspeccionarse;
- El objeto que persiga la visita;
- Llenar los demás requisitos que fijan las leyes de la materia.

No es óbice a lo anterior lo manifestado, en el sentido de que las formalidades que el precepto constitucional de mérito establece, se refieren únicamente a las órdenes de visita expedidas para verificar

³² La jurisprudencia de la Suprema Corte se refería al artículo 202, inciso b del Código Fiscal, que corresponde al artículo 238, fracción II, del ordenamiento fiscal vigente.

Sexta época, Tercera Parte:

Vol. XXXIII, p. 34. A. R. 2125/59. Antonio García Michel, 5 votos.

Vol. LV, p. 54. A.R. 5752/61. Antonio Pérez Martín, unanimidad de 4 votos.

Vol. LV, p. 54. R.F. 47/61. Eulalio Salazar Cruz, unanimidad de 4 votos.

Vol. LXXIV, p. 55. R.F. 210/63. Samuel Nieto Enciso, 5 votos.

Vol. CXXX, p. 80. R.F. 415/61. Hoteles Nacionales, S.A. 5 votos.

³³ El Código Fiscal establece aún mayores requisitos en sus artículos 42 a 47; por no ser materia de este *memorandum* no se analizan. Respecto al criterio interpretativo de estos artículos en relación con el artículo 16 constitucional véase la siguiente tesis: VISITAS DE AUDITORÍA.- EN ELLAS DEBE ACTUAR SÓLO EL PERSONAL EXPRESAMENTE DESIGNADO EN LA ORDEN DE VISITA.- A efecto de resguardar la garantía de seguridad jurídica en favor de los gobernados que se encuentra establecida en el artículo 16 constitucional, en las visitas domiciliarias que se efectúen en el domicilio de los contribuyentes, sólo pueden apersonarse los visitadores que se encuentren expresamente designados en la orden de visita. Cuando alguno de ellos actúe sin estar comisionado por la autoridad, su gestión resultará violatoria de los artículos 43 fracción II y 45 del Código Fiscal de la Federación, sin que pueda considerarse como un error mecanográfico, el hecho de que por alguno de ellos, se hubiera asentado incorrectamente su nombre en la orden relativa, pues la violación en que se incurre lesiona la esfera jurídica del particular, en tanto que de la actuación ilegal de un visitador, puede originarse una liquidación, la cual lleva implícita una transgresión a las normas que rigen el procedimiento, trascendiendo hasta la resolución que se impugne en el juicio de nulidad.

SS.392.

Juicio Atrayente No. 416/92/439/92.- Resuelto en sesión de 18 de octubre de 1994, por mayoría de 5 votos a favor, 2 con los puntos resolutive y 2 parcialmente en contra.- Magistrada Ponente: Ma. Guadalupe Aguirre Soria.- Secretaria: licenciada Ma. Eugenia Rodríguez Pavón.

el cumplimiento de las obligaciones fiscales, pero no para las emitidas por autoridad administrativa, ya que en la parte final del párrafo segundo de dicho artículo se establece en plural: «[...] sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos» y evidentemente *se está refiriendo tanto a las órdenes de visitas administrativas en lo general, como a las específicamente fiscales*, pues, de no ser así, la expresión se habría producido en singular ³⁴.

2.1.3 Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada

En esta fracción del artículo 238 del CFF, nuevamente nos encontramos con dos hipótesis que deben concurrir:

- La existencia de vicios en el procedimiento.
- La presencia de los vicios que afecten el resultado de la resolución ³⁵.

³⁴ Séptima época, Tercera Parte.

Vols. 193-198, R.F. 37/84. Regalos Encanto S.A., unanimidad de 4 votos.

Vols. 193-198, R.F. 76/84. Juan Ley Zazueta, unanimidad de 4 votos.

Vols. 193-198, R.F. 65/83. Leopoldo González Orejas, unanimidad de 4 votos.

Vols. 193-198, R. 29/84. Pedro Espina Cruz, 5 votos.

Vols. 193-198, R.F. 18/84. Jorge Matuk Rady, unanimidad de 4 votos.

³⁵ Conforme al artículo 238, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, es insuficiente para declarar la nulidad de una resolución administrativa la existencia de un vicio en el procedimiento del cual haya derivado, cuando tal vicio no afectó las defensas del particular y no trascendió al sentido de la resolución, de tal suerte que si el demandante en el juicio de nulidad se limita a plantear el vicio de procedimiento, sin demostrar que afectó sus defensas y que de no haberse cometido, el sentido de la resolución hubiera sido otro, debe considerarse insuficiente el agravio que se haga valer y reconocerse la validez de la resolución impugnada.

Juicio No.722/86.- Sentencia de 10 de diciembre de 1987, por unanimidad de votos. - Magistrado Instructor Raúl Lerma Jasso.- Secretario: licenciado Alfredo Ortega Mora.

VIOLACIONES DE PROCEDIMIENTO.- SI NO AFECTAN EL RESULTADO DEL FALLO NO SON RECURRIBLES EN RECURSO DE REVISIÓN. El artículo 240 del último párrafo del Código Fiscal de la Federación vigente en 1981, establecía que sólo son recurribles las violaciones procesales cometidas durante el procedimiento que hayan afectado el resultado del fallo, de donde se desprende que si la autoridad invoca como agravio una violación procesal que no afectó de manera alguna el sentido del fallo, dicho agravio debe ser desestimado de plano.

Revisión No. 1326/81.- Resuelta en sesión de 2 de mayo de 1984, por unanimidad de 8 votos. Magistrado Ponente: Francisco Xavier Cárdenas Durán.- Secretaria: licenciada Rosa Ma. Corripio Moreno.

No se actualizaría la fracción III del artículo 238 si el actor en un juicio ante el Tribunal Fiscal se limita a plantear el vicio de procedimiento, sin demostrar cómo afectó sus defensas y que de no haberse cometido dicho vicio, el sentido de la resolución hubiera sido otro.

Un punto interesante respecto a esta fracción es que, si el particular presentó pruebas en el procedimiento administrativo y la autoridad demuestra que sí analizó y desahogó la prueba ofrecida por el promovente, entonces no se considerará violación al procedimiento ³⁶.

2.1.4. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas

Respecto a esta fracción basta que se dé uno de los siguientes supuestos:

- Los hechos que dieron origen al procedimiento administrativo no se realizaron.
- Sí se realizaron, pero fueron distintos.
- Sí se realizaron los hechos como consta en el expediente, pero se apreciaron en forma equivocada.
- La resolución administrativa se dictó en contra de los preceptos legales aplicados.
- Se dejaron de aplicar las normas debidas.

A continuación se transcribe textualmente el criterio jurisprudencial respecto a las órdenes de auditoría.

³⁶ Revisión No. 12/83.- Resuelta en sesión de 30 de agosto de 1984, por unanimidad de 6 votos. Magistrado Ponente; Margarita Lomelí Cerezo.- Secretario: licenciado Raúl Armando Pallares Valdéz.

Orden de auditoría. La sentencia fiscal que declara su nulidad debe ser lisa y llana y no para efectos.- El procedimiento de auditoría encuentra su origen en la orden de visita que tenga por objeto verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, se inicia con la notificación de dicha orden y culmina con la decisión de la auditoría fiscal en la que se determinan las consecuencias legales de los hechos u omisiones que se advirtieron en la auditoría. Por tanto, si la nulidad de la resolución fiscal impugnada se suscitó a consecuencia de que la orden de auditoría que la antecedió contiene vicios, por haberse dictado en contravención de las disposiciones aplicadas o por haberse dejado de aplicar las debidas, tal nulidad debe ser lisa y llana, en términos del artículo 238, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación, ya que al ser nula la orden de visita es nulo todo el procedimiento de fiscalización desde su origen y, en estas circunstancias, válidamente puede decirse que la autoridad fiscal no ha iniciado sus facultades de comprobación, pues éstas se inician con el primer acto que se notifique al contribuyente a fin de comprobar si ha cumplido con las disposiciones fiscales, como lo señala el artículo 42 del citado cuerpo legal. Luego, la ilegalidad en la orden de auditoría impide que la nulidad se declare para efectos, como si se tratara de vicios en el procedimiento de fiscalización, puesto que tal decisión sólo puede justificarse ante un procedimiento que jurídicamente se inició, pero no respecto de aquel que no llegó a instaurarse por haber estado viciado desde su origen ³⁷.

El Código Fiscal de la Federación en su artículo 239, señala que se está en presencia de una nulidad lisa y llana, esto quiere decir que es como si nada hubiera sucedido en el procedimiento, es necesario reiniciarlo como si no se hubiese actuado previamente. En cambio, en las causales II, III y en su caso V, el Tribunal Fiscal de la Federación declarará la nulidad para el efecto de que se emita nueva resolución ³⁸.

³⁷ *Gaceta S.J.F.* núm. 75 2º T.C. del Ier. C., marzo 1994, p. 31.

³⁸ El Panel de Aceros Planos Recubiertos consideró que no debería seguir los criterios de los artículos del Código Fiscal 237 y 239, porque el TLCAN menciona como criterio de revisión solamente el 238.

2.1.5. La resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponde a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades

Desde la Ley de Justicia Fiscal, así como en los Códigos Fiscales de la Federación de 1938 y 1966, esta causal de ilegalidad apareció como «desvío de poder, tratándose de sanciones».

Como afirmó el panel del poliestireno³⁹: «Una autoridad administrativa está facultada para ejercer libremente sus facultades discrecionales con el fin de establecer y desarrollar criterios y parámetros que le permitan alcanzar los fines establecidos en una ley o reglamento»⁴⁰. Por lo tanto, para que una autoridad administrativa realice un acto discrecional éste debe estar basado en una ley o reglamento. De este modo, una autoridad administrativa no puede exceder el límite fijado a su facultad discrecional⁴¹, menos aún realizar actos que no tengan su base en una ley o reglamento⁴².

Existen diversas circunstancias en que la ley confiere ciertas facultades discrecionales. Sin embargo puede darse el caso de que la resolución administrativa que emane de dicha facultad discrecional, no corresponda a los fines para los cuales se otorgó. El antecedente

³⁹ Texto y nota de pie de p. 87.

⁴⁰ El acto discrecional se presenta en el derecho administrativo derivado del ejercicio de una atribución expresa. Es el acto administrativo que tiene su fundamento en una ley o reglamento que deja al órgano ejecutor un poder libre y apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse; cuándo debe obrar, cómo debe de obrar, cuál va a ser el contenido de su actuación. Como dice Bonnard: «el poder discrecional consiste en la apreciación que se deja a la administración para decidir lo que es oportuno hacer».

El acto discrecional consiste en que los órganos del Estado pueden decidir su actuación o abstención, estableciendo los límites y contenidos de los mismos, debiendo tomar en consideración la oportunidad, la necesidad, la técnica, la justicia o igualdad o las razones para actuar de determinada forma según el caso, y de conformidad con las restricciones por la ley.

Véase *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa, México, 1993. (Citado por el panel del poliestireno en la nota 87).

⁴¹ Véase ejecutoria: Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, época: 8a. Tomo: VIII- Octubre, p. 181. Citado por el panel del poliestireno, nota 88.

⁴² Véase: Amparo en revisión 1214-91. Justo Ortega Ezquerro, 13 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Fernando A. Ortíz Cruz.

doctrinario de este artículo se encuentra en la teoría del desvío del poder⁴³ que comprende el también llamado desvío del procedimiento, lo cual se configurará, cuando al emitir un acto administrativo se persiga una finalidad diversa de la que conforme a la ley debió ser perseguida⁴⁴.

Facultades relegadas y Facultades discrecionales.- Su distinción.- Cuando las facultades o poderes de que se encuentra investido el órgano administrativo se hallan establecidos en la ley, no sólo señalando la autoridad competente para obrar, sino también su obligación de obrar y cómo hacerlo, en forma que no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del funcionario sobre las circunstancias del acto, se está en presencia de facultades o poderes totalmente reglados, vinculado su ejercicio por completo a la ley. En cambio, cuando el órgano administrativo se encuentra investido de facultades o poderes para actuar cuando lo crea oportuno, o para obrar según su prudente juicio, buscando la

⁴³ DESVÍO DE PODER Y OTRAS CAUSAS DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN. APLICACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE.- Los actos en cuya formación gocen de discrecionalidad las autoridades administrativas no escapan del control que ejercen los tribunales del país: éstos, entre ellos el Tribunal Fiscal de la Federación pueden invalidarlos por razones de ilegalidad, por razones de inconstitucionalidad o por una causal de anulación que les es aplicable específicamente conocida como desvío de poder. Se anulará por razones de ilegalidad cuando en la emisión del acto no se haya observado el procedimiento previsto en la ley, los supuestos y requisitos establecidos en la misma, o no se cumpla con todos sus elementos de validez, como podría ser la competencia o la forma. Será declarado inconstitucional cuando la autoridad haya violado las garantías consagradas por la Constitución en favor de todos los gobernados, como la fundamentación, la motivación y la audiencia, entre otras. Igual sucederá cuando se contravenga alguno de los principios generales del derecho, porque la decisión de la autoridad aparezca ilógica, irracional o arbitraria, o bien que contraríe el principio de igualdad ante la ley. Por último, en esta categoría de actos opera una causal específica de anulación denominada desvío de poder, regulada concretamente por la fracción V del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, que se produce cuando, a pesar de la apariencia de la legalidad del acto, se descubre que el agente de la Administración emplea un medio no autorizado por la ley para la consecución de un fin ilícito (desvío en el medio), o utiliza el medio establecido por la norma para el logro de un fin disrinto del perseguido por ella (desvío en el fin), en cuyos casos estará viciado de ilegitimidad el acto.

Amparo directo 297/86, visible en el Informe presentado a SCJN al terminar el año de 1986, Tercera Parte, Tribunales Colegiados, p. 102 (citado por Margain M., *op. cit.*, p. 151).

⁴⁴ Opinión de Andrés Serra Rojas citada en la *Memoria del Tribunal Fiscal de la Federación* en su L Aniversario, p. 261.

mejor satisfacción de las necesidades colectivas que constituyen el fin de su actuación, por cuanto la ley otorga cualquiera de esas posibilidades en forma expresa o tácita y con mayor o menor margen de libertad, entonces se habla del ejercicio de facultades discrecionales ⁴⁵.

Aun cuando en la actualidad es más amplia esta causal de ilegalidad, se sigue invocando cuando se impugna una multa que no es fija. El sancionado admite haber cometido la infracción pero atendiendo a las circunstancias que dieron origen a la misma, el monto de la multa resulta excesivo. No se niega la comisión de la infracción, simplemente se alega que la autoridad abusó en el ejercicio de sus facultades discrecionales.

Dos años después de la firma del TLCAN, posiblemente a raíz de que los primeros paneles siguieron criterios contradictorios en la aplicación del artículo 238 del CFF se introdujeron en su texto las siguientes reformas:

El Tribunal Fiscal de la Federación podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia de fundamentación o motivación ⁴⁶.

Los órganos arbitrales o paneles binacionales derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo ⁴⁷.

El análisis de estas reformas exige contestar a la pregunta: ¿pueden los paneles desarrollar una jurisprudencia diversa a la del tribunal

⁴⁵ Revisión No. 363/80. Resuelta en sesión de 20 de mayo de 1982, por mayoría de seis votos, uno más con los resolutivos y uno en contra.

Revisión No. 440/82. Resuelta en sesión de 25 de enero de 1983, por unanimidad de 8 votos.

Revisión No. 2267/82. Resuelta en sesión de 29 de abril de 1983, por unanimidad de 6 votos.

⁴⁶ Este párrafo fue adicionado en las reformas del *DOF* del 15 de diciembre de 1995.

⁴⁷ Este último párrafo fue adicionado en las reformas del *DOF* del 30 de diciembre de 1996.

local a quien reemplazan? La respuesta debe precisar que los paneles no establecen ninguna jurisprudencia, porque como se indicó en el TLCAN, las decisiones de los paneles sólo afectan a las partes involucradas⁴⁸. Sin embargo, ¿sería posible que un panel decidiera de forma diferente a lo que resuelva un Tribunal local? El panel del Acero en Hoja⁴⁹ al tratar del criterio de revisión estableció que:

«[...] el Panel considera fundamental el pensamiento expresado en numerosas ocasiones por más de una de las partes del TLCAN, en el sentido de que los paneles binacionales no deben crear un cuerpo de precedentes diverso al creado por los tribunales locales. Es obvio que se desarrollaría un cuerpo de precedentes distinto, si los paneles binacionales estuvieran obligados a aplicar para los mismos hechos, un criterio de revisión diverso al que aplicarían los tribunales locales.

Un criterio totalmente diverso fue el adoptado por el Panel de Aceros Planos Recubiertos⁵⁰ al afirmar que el «Panel no es el Tribunal Fiscal ni posee las mismas características, atribuciones y competencia de dicho tribunal»⁵¹ el Panel tiene una competencia más específica y limitada, lo que puede tener por consecuencia que el resultado de la revisión por un panel difiera de la que llevaría a cabo el TFF.

Las reformas del artículo 238 señalan que el Tribunal Fiscal de la Federación podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia de fundamentación o motivación; sin embargo los paneles sólo lo pueden hacer a petición de parte. Esta reforma que indudablemente deseó otorgar una presunción de validez a las resoluciones de la SECOFI y evitar que el panel estudiara de oficio violaciones constitucionales, como lo hizo el Panel del Poliestireno⁵² plantea un

⁴⁸ Artículo 1904(9).

⁴⁹ MEX-94-1904-02 texto y nota correspondientes al pie de p. 65.

⁵⁰ MEX-94-1904-01.

⁵¹ Tanto la Ley de Comercio Exterior como la Ley Orgánica del TFF señalan como facultad de este tribunal la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas en materia de cuotas compensatorias.

⁵² Véase *supra*.

problema, ¿los páneles no deben velar por el orden público ni se encuentran sujetos a él?

La cuestión debe resolverse analizando el alcance del concepto de orden público. En sentido general Carboner⁵³ define al orden público como el mecanismo a través del cual el Estado (el legislador o, en su caso el juez) impide que ciertos actos particulares afecten los intereses fundamentales de la sociedad. En sentido técnico, la dogmática jurídica designa como «orden público» al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos ni por la aplicación del derecho extranjero⁵⁴. Baudry Lacantginerie⁵⁵ define el orden público como: «las ideas fundamentales sobre las cuales reposa la constitución social». Bernard⁵⁶ dice que el orden público funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efecto dentro de un orden jurídico específico. Al señalar el artículo 238 que el Tribunal Fiscal de la Federación podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia de fundamentación o motivación; podría pensarse que el orden público al que se refiere remite a cuestiones constitucionales (particularmente los artículos 14 y 16)⁵⁷, sin embargo esto no queda del todo claro, porque tradicionalmente la noción de orden público es propia de

⁵³ Jean Carboner, *Droit civil*, T. I, «Introduction, Les personnes», 10a de., Paris, Presses Universitaires de France, 1975 p.39.

⁵⁴ Rolando Tamayo y Salmorán, «Orden Público», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., vol. III, p. 2281.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Gil Anav considera que los páneles del capítulo XIX del TLCAN no sólo pueden, sino que deben, considerar los artículos 14 y 16 constitucionales por los siguientes cinco motivos:

1) El TFF los utiliza y al no permitirle a los páneles remitirse a ellos se desarrollarían dos cuerpos de jurisprudencia sobre el TLCAN para casos de *antidumping*, que fue precisamente lo que los redactores del tratado intentaron evitar.

2) Se crearía una situación de inseguridad jurídica, pues en una revisión ante el panel, la SECOFI no sería sancionada por acciones que violaran las garantías constitucionales cuando tales acciones, si se hubieran impugnado ante el TFF, ocasionarían una nulidad lisa y llana. Esto podría como consecuencia que las partes evitarían acudir a los páneles.

la dogmática civil⁵⁸. El orden público parece estar constituido por reglas y principios de segundo orden (meta reglas o meta principios) que excluyen el uso de ciertas reglas para que no surtan efectos jurídicos cuando afecten o se «crea que afecten» las instituciones, «valores», «tradiciones» y «sentimientos» jurídicos⁵⁹.

De la lectura de las reformas antes transcritas queda claro que sólo si las partes lo solicitan, el panel puede estudiar cuestiones de competencia y de fundamentación o motivación. Joaquín Escriche en su famoso *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia* afirma que cuando

3) Los Páneos Binacionales no contarían con ninguna base legal que les permitiera interpretar el criterio de revisión del artículo 238 ya que: (i) los precedentes del TFF al aplicar el artículo 238 hacen constante referencia a los artículos 14 y 16 constitucionales, (ii) las decisiones judiciales referentes a principios similares a los expresados por el artículo 238 son sin lugar a dudas de naturaleza constitucional y, (iii) la doctrina que comenta los conceptos relativos al debido proceso legal protegidos por el artículo 238 tratan el tema desde una óptica constitucional. Por lo tanto, los páneos tendrían que revisar cualquier acto de la SECOFI restringiéndose a lo expresamente permitido o prohibido por la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, con una interpretación, que inevitablemente sería subjeriva, del texto literal del artículo 238. Como resultado de esto, las decisiones de los páneos no sólo serían diferentes de las emitidas por el Tribunal Fiscal, sino también serían diferentes en cada panel (como hasta ahora ha sucedido), respecto a las mismas controversias planteadas.

4) Como lo hizo notar el Panel del Acero en Placa de Hoja, sería inaceptable que un panel examinara violaciones al debido proceso legal, protegido por las garantías constitucionales, pero sin tener facultades para corregir tales violaciones, aun cuando la parte afectada hubiera invocado tal violación.

El comercio internacional, incluyendo la imposición de medidas compensatorias, se regula por el artículo 131 de la Constitución, que es la ley suprema reguladora de la materia objeto de revisión por parte de los páneos. Si se excluyera la palabra «Constitución» de las fuentes del derecho que deben aplicar los páneos según el artículo 1904 (2), significaría excluir toda consideración de la Constitución, y bajo esta lógica el fundamento legal de la Ley de Comercio Exterior no podría ser considerado por los páneos. Este resultado sería tan absurdo en sí mismo, que prueba lo incorrecto de aplicar tal interpretación.

⁵⁸ El artículo 6 del Código Francés dice «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public, et les bonnes moeurs». (Cursivas nuestras, que puede traducirse como que se ocupan del orden público. En la legislación mexicana se adoptó la expresión «interés público»).

El artículo 31 del Código Civil italiano: «Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private disposizioni e convenzioni possono aver effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume».

El artículo 8 del Código Civil Mexicano: «Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario» (nótese que no se habla de orden público sino de interés público).

⁵⁹ Rolando Tamayo Salmorán, «Orden Público», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit. vol. III p. 2281.

se dice que un juez u otro funcionario proceden o hace alguna cosa de *oficio*, se da a entender que obra por propia obligación, en virtud del deber que le impone su ministerio, y sin instancia ajena ⁶⁰. Para el caso que nos ocupa, parece que queda claro que los panelistas no tienen este deber o facultad, porque el mismo criterio de revisión los limita ⁶¹. Sin embargo, es obvio que sí pueden estudiar la competencia y cuestiones de fundamentación y motivación cuando las partes piden así se haga. Esta reforma concuerda con lo opinado en El Panel de Aceros Planos Recubiertos en su punto 23: «Es un principio de derecho internacional que en todo arbitraje internacional, los miembros de un panel tienen una competencia estrictamente limitada a los términos según los cuales se ha sometido un asunto a arbitraje. Así en palabras de un comentarista: «Dado que sus facultades derivan del acuerdo arbitral, el árbitro debe, por tanto, sujetarse estrictamente al texto del acuerdo al momento de determinar las facultades con las que cuenta para resolver una determinada controversia [...]. El acuerdo arbitral puede usar una fórmula estricta o amplia, conferir competencia para clases específicas de reclamaciones o únicamente para otorgar cierto tipo de reparación [...]» ⁶².

Más adelante en su punto 25, este mismo panel cita a la Corte Internacional de Justicia ⁶³: «La Corte no se aleja del principio, claramente establecido en el derecho internacional y aceptado por su propia jurisprudencia, así como por la de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el sentido de que un Estado no puede ser obligado a someter sus controversias a arbitraje sin su consentimiento».

⁶⁰ Joachin Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, edición notablemente corregida y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano por Juan B. Guim, doctor en ambos derechos y abogado de los tribunales del reino de España. Tomo IV, reimpresión, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia 1987, p. 195.

⁶¹ Hasta el momento no se tiene noticia de que esta reforma ocasione que se constituya un panel binacional conforme a lo dispuesto por el artículo 1903.

⁶² El panel cita a S. Javin, «The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers», *Arbitration International*, vol. 2, 1986, pp. 140-142. (En este artículo hacemos notar que los paneles del TLCAN no se pueden considerar para todos los efectos arbitraje privado).

⁶³ Caso *Ambatielos* (Grecia vs. Reino Unido), 1953, I.C.J., pp. 10, 19.

Nosotros pensamos que esta última reforma exigirá a los abogados de las partes bastante cuidado, porque queda claro que no existirá, suplencia de la queja. Este principio ya se había contemplado en la regla 7 de las Reglas de Procedimiento⁶⁴ al establecer que la revisión del panel debe limitarse a los medios de defensa, tanto adjetivos como sustantivos invocados por las partes⁶⁵.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Otro de los puntos que pueden dar lugar a diferente interpretación, es lo que se considere para efectos del TLCAN principios generales del derecho.

Queda claro que los principios generales del derecho a que se refiere el TLCAN en el artículo 1911 incluyen el principio de «debido proceso legal», que en el contexto mexicano incluye a las garantías de audiencia, legalidad e igualdad. Nuevamente cabría preguntarse: «Significa por esto que los páneles tienen facultad para acudir a los

⁶⁴ Publicadas en el *DOF* el 20 de junio de 1994. Varios abogados mexicanos consideran que estas Reglas de Procedimiento carecen de validez constitucional, Luis Manuel Pérez de Acha considera que: «[...] las mismas no fueron convenidas por el Presidente de la República (tampoco hay evidencia de que hayan sido celebradas por algún ministro plenipotenciario, en términos del artículo 7° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en relación con los artículos 1°, fracción VI, y 30 de la LCT) ni aprobadas por el Senado de nuestro país (las Reglas de Procedimiento no estaban en el paquete del TLCAN aprobado por el Senado), lo cual trae como consecuencia, por un lado, que tales Reglas no valga considerarlas como tratado internacional para efectos del artículo 133 de la Constitución y, por ende, que no tengan el rango de ley interna en México (este argumento pudieran esgrimirlo ante los tribunales mexicanos aquellas partes ininteresadas que, no habiendo comparecido ante un panel binacional, resulten agravadas por la resolución emitida por SECOFI en cumplimiento de la decisión emitida por el panel). «Páneles Binacionales», en *Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Memorias de Derecho Internacional Tributario*, Año I, Junio de 1986, núm. I.

⁶⁵ El haber añadido este párrafo al artículo 238 deja claro este criterio, porque el Panel del Poliéstireno, cuya decisión se publicó antes de la reforma, había concluido que la regla 7 no proscribía la posibilidad de que de oficio se condujeran análisis con sujeción a lo dispuesto al entonces último párrafo del artículo 238 del CFF.

Textualmente, la regla 7 establece que: La revisión de un Panel se limitará: (a) a los alegatos de error de hecho o de derecho, incluyendo la declinatoria de competencia de la autoridad investigadora, comprendidas en las Reclamaciones presentadas ante el panel: y (b) a los medios de defensa tanto adjetivos como sustantivos invocados en la revisión ante un panel.

artículos 14 y 16 constitucionales? Consideramos que debería haberse precisado un poco más qué se entendía como principios generales del derecho ⁶⁶, porque de lo contrario podría llegar a considerarse como tales las decisiones emitidas en materia de prácticas desleales por tribunales extranjeros y otros páneles binacionales» ⁶⁷.

Los principios generales del derecho actúan como: a) origen y fundamento del derecho, b) elementos comunes a varias civilizaciones, c) recurso de interpretación para colmar las lagunas que deja la ley, y d) valores que se protegen en un ordenamiento jurídico ⁶⁸. En México se les suele definir como «los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual» ⁶⁹. Frecuentemente en foros de derecho comparado se suele decir que en el derecho anglosajón se refieren a otra cosa, como «a truth or proposition so clear

⁶⁶ También coincidimos con la opinión de Jorge Adame en el sentido de que no es posible hacer una enumeración exhaustiva de los principios generales del derecho, pues el conocimiento de ellos se va perfeccionando poco a poco y por lo mismo su número y contenido han ido variando. Sin embargo, Jorge Adame por vía de ejemplo menciona algunos: la equidad, o sea la prudente aplicación de la ley al caso concreto, la buena fe o lealtad a la palabra empeñada, la obligación de cumplir los convenios, el derecho de legítima defensa, etcetera. En el derecho mexicano, el artículo 14 de la Constitución vigente señala que los juicios de orden civil deberán fallarse conforme a la letra de ley «[...] a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho». Este reenvío vincula nuestro derecho patrio, en opinión de Preciado Hernández, a la mejor tradición iusnaturalista de la civilización occidental. Véase Jorge Adame G., «Los Principios Generales del Derecho» en *Diccionario Jurídico Mexicano*, *op. cit.*

⁶⁷ Luis Manuel Pérez de Acha así los considera véase, Páneles Binacionales en *Revista de La Academia Mexicana de Derecho Fiscal*, Año I, Junio de 1996, núm. 1. p. 112.

⁶⁸ Por su parte afirma Shachter, *International Law in Theory and Practice*, 50-55 (1991). «We can distinguish five categories of general principles that have been invoked and applied in international law discourse and cases. Each has a different basis for its authority and validity as law. They are (1) The principles of municipal law “recognized by civilized nations”, (2) General principles of law “derived from the specific nature of the international community”, (3) Principles “intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems”, (4) Principles “valid through all kinds of societies in relationships of hierarchy and co-ordination”, (5) Principles of justice founded on “the very nature of man as a rational and social being”. Although these five categories are analytically distinct, it is not unusual for a particular general principle to fall into more than one of the categories». Reproducido en Louis Henkins, Richard Crawford Pugh, Oscar Shachter, Hans Smit, *International Law, Cases and Materials* (3ª. ed. 1993) p. 104.

⁶⁹ Rafael Preciado Hernández, «El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho», en *Revista de Derecho de México*, México, T. XIX, núms. 75-76, julio-diciembre 1969.

that it cannot be proved or contradicted unless by a proposition which is still clearer. That which constitutes the essence of a body or its constituent parts. That which pertains to the theoretical part of a science»⁷⁰. Por lo tanto, consideramos que sería muy difícil argumentar en favor de que las garantías individuales debieran ser consideradas como «principios generales del derecho», además el Tribunal Fiscal de la Federación, nunca se funda en ellos para aplicar las normas constitucionales, sino que cita directamente la Constitución.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Dice un proverbio que «toda elección implica un riesgo». Si alguien recibe una resolución definitiva de la SECOFI tiene dos alternativas: los paneles binacionales o los recursos internos. Al ejercitar la opción seguramente se preguntará: ¿quien resolverá y con qué criterio?

1. ¿Quién Resolverá?

Todo aficionado al arbitraje internacional sabe que el arbitraje es tan bueno como bueno sea el árbitro. Éste debe tener la llamada «habilidad para juzgar»⁷¹, capacidad de evaluar los puntos controvertidos de derecho y/o de hecho y tener sabiduría, valentía y experiencia para emitir un laudo que las partes —especialmente la parte que pierda— reconozcan y ejecuten.

El anexo 1901.2 del TLCAN menciona que «los miembros de cada panel serán en su mayoría juristas de buena reputación» y todos ellos «serán probos y gozarán de gran prestigio y buena reputación, y serán escogidos estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad general con el derecho comercial internacional». En la lista de candidatos debe

⁷⁰ *Black Law Dictionary*, op. cit., p. 1193.

⁷¹ Pierre Lalievé, *Remarks at the CCPIT-ICC International Commercial Arbitration Series*. Beijing, June 1988, By Lexis.

incluirse «en lo posible, individuos que sean jueces o lo hayan sido». Como puede verse, el TLCAN no exige que quien actúe como panelista sea experto en derecho administrativo o derecho fiscal mexicano, aunque esto también es muy deseable, porque el criterio de revisión elegido es el criterio que suele utilizar un tribunal administrativo para revisar un acto administrativo que impone cuotas compensatorias (que en México tienen el carácter aprovechamientos de naturaleza fiscal)⁷². Por otro lado, entre las ventajas adicionales para optar por un panel binacional encontramos: a) El asunto tendrá una confidencialidad bastante bien protegida, b) los panelistas dedicarán el tiempo y esfuerzo necesario para el estudio completo del caso, c) la imparcialidad e independencia están salvaguardadas con el requisito de que el panel lo integren nacionales de los dos países (el exportador y el importador), los panelistas se encuentran sujetos a un código de conducta muy exigente; d) los panelistas son expertos en comercio internacional, conociendo con la debida profundidad las prácticas desleales, el daño y en todo lo que es materia de lo arbitrable. Muchos de ellos cuentan con conocimientos contables y de economía (de los que en ocasiones carecen los jueces nacionales); e) se cuenta con un secretariado especializado para administrar el asunto; f) se tendrá la oportunidad de presentar memoriales por escrito y tener por lo menos una audiencia pública.

Si se optara por los recursos locales, se seguiría la práctica administrativa y fiscal muy conocida por abogados y jueces.

2. ¿Con qué Criterio?

El sistema de notificaciones aplicable a los paneles binacionales es incompatible con el sistema altamente formalista que impera en

⁷² La Ley de Ingresos publicada en el *DOF* el 23 de diciembre de 1990 señala en su artículo 1º, fracción VII, como aprovechamientos (naturaleza jurídica similar a las multas) las cuotas compensatorias, esperando recibir por este concepto 69.7 millones de pesos durante 1997.

Los aprovechamientos son ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

los tribunales mexicanos, específicamente en el TFF. De acuerdo con la Regla 25 de las reglas de Procedimiento, las notificaciones en los procedimientos ante dichos paneles es inentendible e inaceptable⁷³ en la práctica judicial de México, pues la simple entrega de documentos en el domicilio señalado por los participantes para oír y recibir notificaciones, o el envío de los mismos por facsímil o por servicio expedito de mensajería o de correo, no constituye prueba fehaciente e irrefutable de que los documentos fueron enviados y efectivamente recibidos por los demás participantes. En México, los tribunales federales y el TFF han sido bastante reticentes en admitir la entrega de documentos a las partes en los juicios y a los propios tribunales, a través de servicios de mensajería⁷⁴.

Todo abogado mexicano recuerda que en los primeros días de estudiante le dijeron que el fin del derecho es la justicia y la seguridad jurídica, incluso sus profesores le infundieron una fe absoluta en la certeza jurídica como un dogma incuestionable en el que debería cimentarse todo el orden jurídico mexicano⁷⁵. Si se optara por el TFF quedaría seguro que se debería aplicar el criterio de revisión, incluyendo los preceptos constitucionales y aplicar los artículos 237 y 239 del CFF. Hasta la fecha no queda claro con qué criterio revisarán los paneles⁷⁶. El texto del TLCAN ordena en el artículo 1904 (2) que al revisar una resolución definitiva para «determinar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias de la Parte importadora». Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias consisten en leyes⁷⁷, antecedentes legislativos,

⁷³ Luis Manuel Pérez de Acha, *op. cit.*, p. 120.

⁷⁴ En lo que hace a las notificaciones por facsímil, a partir del 1 de enero de 1996 se ha aceptado que el TFF practique las notificaciones por este conducto, siempre que la parte que los recibe extienda el acuso de recibo por la misma vía.

⁷⁵ Un desarrollo de esta idea puede verse también en John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition, An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* 48 (2nd ed. 1985).

⁷⁶ MEX-94-1904-02 en texto correspondiente a la nota 117.

⁷⁷ Énfasis nuestro. Nuevamente queremos mencionar que la Constitución es una ley, pues su mismo artículo 133 la define como «la ley suprema».

reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente.

Oscar Wilde decía que experiencia es el nombre que uno da a sus errores pasados; esperamos que con la experiencia de los primeros páneles en donde se aplicó el criterio de revisión mexicano, en el futuro se logre la justicia y seguridad anhelada en todo sistema jurídico.