

ano 21 – n. 83 | janeiro/março – 2021

Belo Horizonte | p. 1-244 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i83

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Cuando el Derecho se convierte en aliado de la corrupción: un caso en el Derecho Administrativo mexicano

When the Law is the ally of corruption: a case in the Mexican Administrative Law

Luis José Béjar Rivera*

Universidad Panamericana (México)
ljbejar@up.edu.mx

José de Jesús Gómez Cotero**

Universidad Panamericana (México)
jgomezc@up.edu.mx

Recibido/Received: 1^o.09.2020 / September 1st, 2020

Aprovado/Approved: 04.03.2021 / March 4th, 2021

Resumen: La corrupción es un tema que mucho preocupa actualmente, sin embargo, poco se analizan las causas jurídicas de la corrupción, por lo que en este trabajo se reflexiona bajo la línea de pensamiento de Héctor A. Mairal, el objetivo de este trabajo es comprender cómo el derecho actúa como un factor de corrupción al constituirse en su aliado, analizando en el caso mexicano algunos criterios de los Tribunales Administrativos y del Poder Judicial, los que circunstancialmente se han convertido en factores de corrupción al crear o aumentar la indefensión jurídica de los particulares y donde al ser precedentes, dilapidan la defensa de sus derechos subjetivos.

Como citar este artículo/*How to cite this article:* BÉJAR RIVERA, Luis José; GÓMEZ COTERO, José de Jesús. Cuando el Derecho se convierte en aliado de la corrupción: un caso en el Derecho Administrativo mexicano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 11-30, jan./mar. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1447.

* Profesor Investigador a tiempo completo de la Facultad de Derecho en la Universidad Panamericana (Ciudad de México, México). Doctor en Derecho y Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana, Campus México. Licenciado en Derecho por el ITESO. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, México. *E-mail:* ljbejar@up.edu.mx.

** Profesor Investigador de la Facultad de Derecho en la Universidad Panamericana (Ciudad de México, México). Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus México. Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Abogado por la Escuela Libre de Derecho. *E-mail:* jgomezc@up.edu.mx.

Palabras clave: Corrupción. Litis abierta. Derecho de defensa. Corrupción institucional. Justicia administrativa. Jurisprudencia.

Abstract: Corruption is a harsh subject and presently is a matter of much concern, nevertheless, the study of legal causes of corruption does not have much salience, therefore based on the thought of Héctor A. Mairal, the objective of this paper is to comprehend how the Law acts as an ally of corruption, analyzing in the Mexican case, some precedents by the Administrative Tribunals and the Judiciary Power, which in turn, have become factors of corruption when creating or rising the legal defenselessness of the citizens, and by being enforceable precedents, undermine the defense of their subjective rights.

Keywords: Corruption. Open litis. Right of the defense. Institutional corruption. Administrative justice. Precedent.

Sumario: **1** Introducción – **2** La corrupción: causas jurídicas y efectos – **3** El derecho como aliado de la corrupción – **4** El caso de la jurisprudencia de la litis abierta – **5** Conclusiones – Referencias

Jamás regresaré a México, porque no tolero que algo sea más surrealista que mis pinturas. (Salvador Dalí)

1 Introducción

Sin lugar a dudas uno de los grandes problemas del mundo actual y en concreto, de la realidad de nuestro país es la corrupción. Muchos países han buscado diversas formas de combatir la corrupción: creación de fiscalías especializadas, establecimiento de tribunales de cuentas, un endurecimiento de la legislación penal en la materia, etc. La corrupción es la acción y efecto de corromper (depravar, echar a perder, sobornar a alguien, pervertir, dañar),¹ y se puede afirmar que la corrupción es mala, y debe erradicarse o por lo menos buscar su reducción al mínimo.

México, de acuerdo a Transparencia Internacional, de acuerdo a su *Índice de percepción de la corrupción 2018*, en el lugar 138, con un total de puntos 28/100 (a mayor puntaje, menor corrupción),² es decir, la percepción en México es que se trata de uno de los países más corruptos del planeta. La gravedad de esta numeralia, a nuestro juicio, radica en que se trata de un índice de percepción, es decir, está cimentado en la opinión que existe al respecto, lo cual no necesariamente lo convierte en realidad, sin embargo, tratándose de las instituciones públicas, cobra una especial dimensión la frase atribuida al Emperador Julio César: “La esposa del César no sólo debe ser casta y pura, sino que debe parecerlo”.

¹ PÉREZ PORTO, J.; MERINO, M. *Definición de corrupción*. 2011. (2014 actualizado). Disponible en: <http://definición.de/corruptcion/>.

² TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Transparencia Mexicana*. Disponible en: <https://www.transparency.org/country/MEX>. Consultado en: 7 feb. 2019.

Esta situación claramente puede llevarnos al desánimo, sin embargo, también nos presente una oportunidad real de mejoras nuestras prácticas, tal y como ya ha ocurrido con la reforma constitucional en materia de combate anticorrupción.³ Por supuesto que los vientos políticos de cambio que se viven hoy en día en México, podrían llevar a fortalecer aún más el combate a la corrupción.

Sin embargo, más allá de lo anterior, el punto que nos interesa para desarrollar a lo largo de este trabajo es un fenómeno muy específico que se ha presentado en algunos países, sobre todo dentro de los países de tradición civilistas, e inspirados por la obra del profesor argentino Héctor A. Mairal,⁴ en virtud de lo cual encontramos un fenómeno que a nuestro juicio constituye verdaderos actos de corrupción, pero a diferencia del entendimiento que podemos tener sobre la institución, es decir, responsabilidades administrativas y responsabilidad penal. Esto es conductas típicas, antijurídicas y punibles por la norma positiva, el objeto de nuestra investigación parte del estudio de los actos de corrupción derivados de la jurisprudencia dictada por nuestros tribunales.

Es decir, la pregunta de la cual partimos es,⁵ si es posible que resoluciones jurisdiccionales, específicamente la emisión de jurisprudencia, lejos de dar seguridad jurídica para la interpretación de las normas, produce un efecto negativo de provocar actos de corrupción. Es decir, los tribunales son los guardianes de la legalidad, la constitucionalidad, la convencionalidad y en última instancia, de la justicia, pero: ¿qué pasa si mediante la interpretación jurisprudencial que hacen de ciertos casos, de facto, producen actos de corrupción?

Llevado a otro plano, si esto ocurriese en sede administrativa, bien podríamos estar frente a la figura de desviación de poder,⁵ es decir, utilizar atribuciones contenidas en la norma, para un fin distinto para el cual les fueron otorgados. Sin embargo, en el plano de las resoluciones jurisprudenciales, no existe ningún mecanismo de control al respecto, sea de legalidad o constitucional, pues las mismas, derivan de una interpretación legal o constitucional, bien podríamos decir, que estamos frente a efectos no deseados de la jurisprudencia.

En este tenor entonces, la hipótesis a partir de la cual desarrollamos esta exposición se refiere a situaciones donde los actos de corrupción derivan, no de una actuación ilícita, sino más bien de los criterios jurisprudenciales y por ello, se pervierte el sentido y finalidad de la norma jurídica.

³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), el día 27 de mayo de 2015, y que comúnmente se le conoce como la Reforma Anticorrupción, mediante la cual se crea al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), se le otorgan facultades al Tribunal Federal de Justicia Administrativa para conocer de sanciones administrativas por conductas graves y la creación de una Fiscalía anticorrupción.

⁴ MAIRAL, H. A. *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2007.

⁵ BÉJAR RIVERA, L. J. *El acto administrativo y su finalidad*. México: Porrúa, 2018. p. 115-123.

Como metodología para desarrollar este trabajo, partimos en primer lugar de un desglose del marco conceptual sobre la corrupción, los efectos que produce, las causas jurídicas de esas patologías corruptivas, y por supuesto, dedicamos un espacio para analizar de cómo el sistema de derecho público puede provocar corrupción.

Con el fin de demostrar lo anterior, hemos optado por realizar un análisis cualitativo de un caso concreto de jurisprudencia, relativo al tema de la litis abierta consecuencia de fallos jurisdiccionales y que se ha establecido como jurisprudencia y gracias a éste (como un caso ilustrativo del fenómeno), el sistema jurídico fue pervertido y, por tanto, tiene como consecuencia hacer nugatorios los derechos de los justiciables.

El fenómeno de la corrupción ha sido analizado desde muchas ópticas, particularmente desde la sociología, la ciencia política y por supuesto el derecho, en este último, se ha empezado a producir bastante literatura sobre el sistema nacional anticorrupción, pero más allá de una visión tradicional desde el punto de vista de los delitos y las responsabilidades administrativas, nos interesa desarrollar un rostro distinto de la corrupción. Aportaciones muy interesantes se han presentado al respecto, desde el punto de vista de la responsabilidad,⁶ corrupción provocada por la descentralización y participación ciudadana⁷ y por supuesto desde el punto de vista ético,⁸ o desde diversos impactos sobre el derecho⁹ o por el combate a la corrupción en materia de contratación pública,¹⁰ y muchos otros textos más que se podrían referir en relación al estudio de la corrupción, sin embargo, objetivo es aportar un estudio sobre el comportamiento “legal” que provoca corrupción. Sin duda no se trata de un trabajo exhaustivo, pero si consideramos que puede introducir al lector y abrir la puerta para posteriores estudios relacionados con la corrupción provocada por el propio sistema normativo, teniendo como principal consecuencia la indefensión de los ciudadanos frente a los actos de la autoridad.

⁶ Cfr. ESCOBAR-LEMMON, M.; ROSS, A. D. Does decentralization improve perceptions of accountability? Attitudinal evidence from Colombia. *American Journal of Political Science*, v. 58, n. 1, p. 175-188, 2014.

⁷ Cfr. VÉRON, R.; WILLIAMS, G.; CORBRIDGE, S.; SRIVASTAVA, M. Decentralized corruption or corrupt decentralization? Community monitoring of poverty-alleviation schemes in Eastern India. *World Development*, v. 34, n. 11, p. 1.922-1.941, 2006.

⁸ Cfr. SAINT-MARTIN, D.; THOMPSON, F. (ed.). *Public ethics and governance*. Oxford: Elsevier, 2006.

⁹ Cfr. GESTA LEAL, R. *Patologías corruptivas: as múltiplas faces da hidra*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.

¹⁰ Cfr. BÉJAR RIVERA, L. J. El combate a la corrupción en materia de contrataciones públicas. Comentarios sobre la legislación mexicana federal. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Madrid, n. 145, La Ley, 2016.

2 La corrupción: causas jurídicas y efectos

2.1 Tres enfoques para analizar las causas de la corrupción

La corrupción puede tratarse de una deprivación moral o simbólica. En otro sentido, la corrupción es la práctica que consiste en hacer abuso de poder, de funciones o de medios para sacar un provecho económico o de otra índole. Se entiende como corrupción política, al mal uso del poder público para obtener una ventaja ilegítima; el tráfico de influencias, el soborno, la extorsión y el fraude son algunas de las prácticas de corrupción, que se ven reflejadas en acciones como entregar dinero a un funcionario público para ganar una licitación o pagar una dádiva o coima para evitar una clausura.

La corrupción puede ser entendida como “[...] el abuso del poder público para el beneficio privado”,¹¹ aunque recoge la esencia del concepto, no incluye a todos los que participan de ella, ya sea de manera individual o a través de redes, ni tampoco al numeroso conjunto de conductas que engloba, por tanto, bien podemos entender a la corrupción como el abuso de cualquier posición de poder, pública o privada, con el fin de generar un beneficio indebido a costa del bienestar colectivo o individual. En otras palabras, el desvío del criterio que debe orientar la conducta de un tomador de decisiones a cambio de una recompensa no prevista en la ley.

Ahora bien, siguiendo a la autora, se trata de un fenómeno multifactorial, analizado, como se señaló en líneas anteriores, desde distintas perspectivas: históricas, religiosas, etnolingüística, desarrollo económico, grado de intervención del Estado en la vida económica e incluso, el sistema legal adoptado.

Centrando nuestros comentarios en una perspectiva jurídica, resulta evidente que muchos de los actos de corrupción son juzgados en los espacios públicos, sean los noticiarios, artículos de opinión, prensa en general y sin duda, llegan a influir sobre la opinión pública,¹² la realidad es que muchos de estos casos no llegan a los tribunales, ni a las autoridades administrativas que podrían sancionarlos y, por tanto, impunes. Gobiernos y funcionarios de todos los partidos y de todos los niveles jerárquicos han estado inmiscuidos en denuncias públicas que involucran el uso y abuso del poder para beneficio privado. Estas denuncias comprenden entre otros, desfalcos al erario, sobornos, pagos irregulares, conflicto de intereses, desvío de recursos, tráfico de influencias, licitaciones amañadas o facturas con sobreprecio.

¹¹ CASAR, M. A. Anatomía de la corrupción. *CIDE-IMCO*, 2. ed., p. 10 y ss, oct. 2016. Disponible en: <http://www.cide.edu/mexico-anatomia-de-la-corrupcion-maria-amparo-casar/#>.

¹² BAUMGARTNER, F. R.; DE BOEF, S. L.; BOYDSTUM, A. E. *The decline of the death penalty and the discovery of innocence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 1-22.

Un estudio reciente de la OCDE sugiere la importancia de distinguir entre la corrupción política y la burocrática. Mientras que la primera se refiere a actos en los que los servidores públicos de más alta jerarquía están “más preocupados por su beneficio personal y su poder que por el desarrollo de la sociedad” sobre la que gobiernan. La gravedad y consecuencias de estos actos dependerán de la fuente principal de ingresos de los estados. Ahí donde los Estados dependen más de las rentas provenientes de recursos naturales que de las contribuciones de los ciudadanos, habrá mayor corrupción y estará más concentrada en las más altas autoridades. La corrupción burocrática es aquella que se da en los niveles administrativos –centrales o locales– y en donde la autoridad tiene la posibilidad de extraer rentas a través de la extorsión o manipulación de la ley, así, la corrupción que se da a los niveles de la burocracia es más baja y la *grand corruption* ocurre en los escalones más altos de la política y la administración.¹³

En la opinión de Luis Carlos Ugalde, la corrupción es un fenómeno milenario cuyo estudio y discusión se ha realizado desde diversas perspectivas, y centra su análisis en tres escuelas o enfoques: el funcionalismo, el culturalismo y el institucionalismo.¹⁴

Desde una perspectiva funcionalista, la corrupción puede tener consecuencias positivas en una sociedad si es que con ello se agilizan o solventan trámites administrativos, lentos o inciertos. Definitivamente se trata de un punto de vista un tanto cínico, donde “[...] sólo hay algo peor que un gobierno rígido y corrupto y esto es un gobierno rígido y honesto”.¹⁵

Desde un enfoque culturalista, la corrupción atiende principalmente a la degradación de los valores y actitudes sociales y, en ese sentido atiende a consideraciones de índole moral y cultural. Esta perspectiva privilegia el estudio histórico e incorpora como variables fundamentales los antecedentes coloniales, patrimoniales o clientelistas. Este enfoque incluye en sus unidades de análisis a las familias e individuos quienes expresan su descontento ante las autoridades al dejar de lado las disposiciones formales del Estado, reemplazándolas por arreglos informales.

Desde esta aproximación se analiza cómo los individuos y grupos interiorizan los valores y actitudes sociales y cómo esos valores afectan su comportamiento individual y colectivo y el curso de acción estatal. Asimismo, se aboca a la comprensión de los significados de símbolos que construyen identidades sociales, el culturalismo es un marco analítico para estudiar e interpretar el significado de las acciones

¹³ OECD. Consequences of corruption at the sector level. p. 28-29.

¹⁴ UGALDE, L. C. El debate sobre la corrupción en México. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 8-11 oct. 2002, Lisboa, Portugal.

¹⁵ HUNTINGTON, S. P. Modernization and corruption. In: *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

personales e individuales y cómo éstas motivan ciertos cursos de acción colectiva para incidir en cuestiones sociales y políticas.¹⁶

Por último, De acuerdo con el enfoque institucionalista, la corrupción tiene como causa defectos en el diseño institucional: la corrupción tendrá lugar si éstas incentivan la deshonestidad –por ejemplo, por medio de trámites rigurosos y excesivos que invitan a los ciudadanos a corromper las autoridades; si la probabilidad de que el funcionario sea sancionado cuando se incurre en irregularidades es baja; y si los beneficios de desviarse de la función pública son mayores a la sanción. Desde la perspectiva institucionalista la corrupción no atiende a asuntos morales, sino a cálculos estratégicos.

Con relación a la corrupción, el institucionalismo propone analizar el papel de las leyes, reglas y procedimientos e investigar si promueven la proliferación de prácticas corruptas. Ello sugiere una revisión y readaptación del sistema legal para sancionar de manera más efectiva la incidencia de corrupción. Por otro lado, privilegia el estudio sobre la eficacia y eficiencia institucionales y, en este sentido, propone la creación de mecanismos de delegación de responsabilidad y rendición de cuentas. Asimismo, subraya la necesidad de estudiar de manera específica la interacción entre la sociedad civil e instituciones y a tal fin, propone la creación de canales para promover la participación ciudadana mediante campañas nacionales de prevención y también propone la creación de mecanismos de denuncia y sanción de funcionarios corruptos.

2.2 Efectos de la corrupción

Como punto de partida, podemos señalar que se pueden analizar los efectos de la corrupción en cuatro grupos: efectos políticos, efectos económicos, efectos iusfundamentales y efectos sociales.¹⁷

Por lo que hace al tema de los efectos políticos, es decir, los efectos agregados de la corrupción sistémica, la pérdida de confianza ciudadana y en términos generales, un descrito de las Instituciones Públicas, así como una progresiva deslegitimación del Estado Democrático de Derecho, derrumbando esa confianza pública y por ende, perdiendo legitimidad para exigirle al ciudadano que cumpla con la norma.¹⁸ Complementando lo anterior, señala Eduardo Buscaglia, está descomposición se incrementa con la creación de dinero sucio y penetración de los fondos de la delincuencia en la esfera política, la cual no se refiere únicamente a

¹⁶ DEYSINE, A. Political corruption: a review of literature. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, 8, p. 447-462, 1980.

¹⁷ COBOS PALMA, A. La corrupción en un México globalizado. *Revista In Jure*, Anáhuac Mayab [on-line], año 1, n. 1, p. 98-121, 2012.

¹⁸ Ibid.

dinero proveniente del crimen organizado, sino que habría que sumar el proveniente de los conflictos de interés, evasión fiscal, sobornos y licitaciones públicas, así como enriquecimiento ilícito que no son investigados. Ante ello, Buscaglia plantea la necesidad de reformular las estrategias y acciones judiciales para enfrentarla; además de señalar que dentro de la política no existen incentivos para modificar ese ambiente de impunidad, dado que no existe la cultura democrática republicana donde un funcionario tiene que hacer público todo su patrimonio y su ámbito de privacidad es mucho menor, por ley, que el resto. Los funcionarios consideran que el ciudadano es un siervo y que tienen que mantenerlos en sus redes patrimoniales como señores feudales, y es esa cultura política de la impunidad la que debe ser superada.¹⁹

En otro orden de ideas, los efectos económicos de la corrupción pueden ser positivos o negativos: agilización de los mecanismos del estado, incentivar la llegada de capitales, reparto social del sostenimiento de la burocracia, mejorar los ingresos de los funcionarios, pero todos ellos palidecen frente a los efectos negativos, entre otros, el agravio al gasto público (el traslado del costo en los contratos administrativos al precio final), retracción de la inversión por falta de seguridad (que se manifiesta en los “derechos de piso” y protección).²⁰

Continuando con la estructura propuesta por este autor, en cuanto a los efectos iusfundamentales, se encuentra el paradigma de la desigualdad entre los individuos. La corrupción produce un Estado débil y poco eficiente para satisfacer las necesidades de la población, perdiéndose así la noción de bien común, perjudicando más a los más desprotegidos, marcándose aún más esa desigualdad social.²¹ Se crea entonces una atmósfera de desigualdad y deslegitimación, provocando una especie de clientelismo hacia el burócrata, provocando que sostenga su estatus quo.²²

Por último, en cuanto a los efectos sociales, se traducen en que el ciudadano ordinario (u honesto) se ve sobrepasado por otros que progresan a pasos agigantados, debido a la realización de actos corruptos provocando un efecto de involucrar a la sociedad entera,²³ es decir, se trata de un fenómeno de incentivos negativos.²⁴ Pero sin duda uno de los efectos más nocivos, desde el punto de vista social, es la pérdida de confianza entre los miembros de la comunidad, pues con la corrupción,

¹⁹ Cfr. GÓMORA, D. Corrupción política general más dinero sucio. *El Universal*, 1^o nov. 2015. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2015/11/1/corrupcion-politica-genera-mas-dinero-sucio>.

²⁰ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. A. En su cátedra de *Corrupción y blanqueo de capitales en Derecho Penal*, en la Edición XXVI de los Cursos de Especialización en Derecho de la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, 2010.

²¹ *Ibid.*

²² Cfr. VERÓN *et al.* Op. cit. p. 1937.

²³ *Ibid.*

²⁴ COBOS PALMA. Op. cit.

los lazos o vínculos entre los individuos y de éstos con las instituciones, se rompen o destruyen, por la falta de confianza o credibilidad de sus acciones corruptas. También podemos incluir la tolerancia y el contubernio de las autoridades con las actividades ilícitas, pues se afecta directamente a la sociedad en las que están insertas, sea en su seguridad o en su economía.²⁵

A modo de corolario de este punto, señala Mairal, no debería sorprender que el soborno y la corrupción sean características resultantes de un sistema de derecho en el cual la competencia por las rentas se ha convertido en la forma predominante de producir la ley.²⁶ Algo similar ocurre con las causas políticas de la corrupción. Bajo la apreciación del profesor argentino, algunos podrían pensar que un sistema político en el cual la descalificación del adversario y la impugnación de su patriotismo privan sobre la discusión racional de los problemas y sus posibles soluciones favorece la corrupción, ya que el valor, cívico de descubrir y sancionar a los funcionarios corruptos será normalmente sacrificado a la solidaridad partidaria.²⁷

Que la tacha sea utilizada como argumento de la lucha política, con alcances más retóricos que de fondo, es una actitud que nos viene de lejos: “Un arma moral esgrimían entonces los políticos menudos, y era el acusarse mutuamente de malversadores de los caudales públicos, grosero recurso que hacía muy buen efecto en el pueblo”. Narra Benito Pérez Galdós describiendo la política española en la época de la Junta de Cádiz.²⁸

2.3 Las causas jurídicas de la corrupción

Si bien la corrupción es un tema que mucho nos preocupa hoy día, poco se analizan las causas jurídicas de la corrupción, lo que implica entender cuando el derecho actúa como factor de corrupción al constituirse en su aliado.²⁹ Hablamos de las causas jurídicas de la corrupción porque el derecho, además de servir de instrumento a un sistema económico que fomente la corrupción, también puede actuar independientemente como factor de corrupción, lo que en opinión del autor, no deja de ser una paradoja, ya que su misión debiera ser coadyuvar en la lucha contra el fenómeno. Sin embargo, en muchos casos actúa como su aliado.

²⁵ Cobos Palma, por ejemplo, nos refiere los casos en que se trata de piratería de discos o películas, o en ropa ilegal o de contrabando, estas actividades ilícitas afectan la economía del ciudadano o comerciante legalmente establecido y que paga impuestos, el cual no puede competir contra este tipo de economía. Pero también, están las actividades relacionadas con narcotráfico, terrorismo, lavado de dinero, tráfico de armas, tráfico de órganos, trata de personas, secuestros, asaltos, entre otros, en los que se afecta gravemente la seguridad y bienestar de la sociedad, muchas veces, de manera impune, por las prácticas protectoras de las autoridades involucradas con este tipo de conductas ilícitas.

²⁶ MAIRAL. Op. cit. p. 15-21.

²⁷ Ibid.

²⁸ PÉREZ GALDÓS, B. *Episodios nacionales*. Gerona; Madrid: Aguilar, 1981. p. 754.

²⁹ MAIRAL. Op. cit. p. 15-21.

Generalmente cuando se intenta combatir la corrupción por medios jurídicos, se busca desalentarla a través de la sanción a los culpables, estableciendo obligaciones de diverso tipo para los funcionarios públicos, tipificando delitos, estableciendo penas, imponiendo incompatibilidades, prohibiciones y controles, permitiendo presunciones y adoptando otras medidas de disuasión y persecución. Sin embargo, no se suele prestar atención al marco jurídico que fomenta la corrupción, ni a los posibles remedios para evitarla y, en lo posible, prevenirla por lo que es más importante detectar sistemas culpables que personas culpables.³⁰

Punto importante a considerar es la reflexión que hace Mairal, en el sentido de que combatir las causas jurídicas de la corrupción sólo tiene sentido en un Estado de Derecho, en el que se respete el principio de separación de los poderes, ya que mientras el Presidente de la República pueda legislar, el combate contra la corrupción sólo alcanzará a quienes la voluntad política del momento decida dejar de proteger o hayan sido poco precavidos.

3 El derecho como aliado de la corrupción

En opinión del Héctor Mairal,³¹ existen una serie de circunstancias, que, por una parte, incentivan el incumplimiento de la norma y, por la otra, crean o aumentan

³⁰ MORENO OCAMPO, L. Una propuesta de acción. In: GRONDONA, M. *La corrupción*. 3. ed. Buenos Aires: Planeta, 1993. p. 125.

³¹ Para entender cómo opera el derecho en pro de la corrupción partimos de la premisa que una persona normal, enfrentada a un requerimiento claro y razonable de la norma, cuya violación es controlada y sancionada seriamente, preferirá cumplirla antes de arriesgar la sanción. El comportamiento mayoritario de los individuos sigue esas pautas, cuando habitan en países cuyos sistemas jurídicos siguen esos criterios. Sin embargo, la conducta puede cambiar y colocar a las personas en situación de incumplimiento sancionable pese a intentar cumplir con la norma o creer que lo están haciendo. Ello ocurre cuando se presenta alguna de las siguientes características:

- Cuando la existencia de la norma sea desconocida por gran parte de las personas que deben cumplirla.
- Debido a los continuos cambios normativos es difícil saber a ciencia cierta cuál es el texto vigente de la norma aplicable.
- Las normas suelen ser oscuras y admiten diversas interpretaciones, algunas de las cuales elevan, y otras reducen, considerablemente el costo de su cumplimiento.
- Las normas son frecuentemente de validez dudosa.
- De hecho o de derecho, las normas suelen permitir al funcionario determinar el grado de cumplimiento que cabe exigir a cada particular o a cada categoría de ellos.
- Muchas veces es difícil o imposible cumplir cabalmente con la norma, o su costo de cumplimiento es muy elevado, lo que pone en riesgo la continuidad a la conducta privada o, lisa y llanamente, la impide.
- El control suele ser laxo, por lo cual la probabilidad de la detección del incumplimiento es muy reducida.
- Aún sin ser laxo el control, la autoridad suele permitir el funcionamiento de un sector de la sociedad en violación de la norma y sanciona a un porcentaje reducido de incumplidores, a quienes selecciona no siempre con criterios transparentes y prácticamente neutrales.
- En algunos casos (como ocurre en materia ambiental) es más barato afrontar las multas que llevar a cabo las tareas que impone la ley.
- Aunque el castigo previsto sea muy grave, las ventajas derivadas del incumplimiento de la norma generalmente son tan elevadas que justifican correr el riesgo de detección.

la indefensión jurídica de los particulares;³² y entre los factores objeto de análisis que el profesor argentino destaca se encuentran:

- a) La corrupción se hace presente cuando el particular se encuentra jurídicamente indefenso frente al funcionario o se tiene la sensación que no tendrá defensas jurídicas frente a la autoridad.
- b) O cuando existe restricción en el acceso a la justicia a través de trabas de procedimiento o por cortapisas legales. Si lo que se desea es disuadir las demandas contra el Estado, debe reconocerse que este tipo de restricción tiene un éxito parcial, ya permite la comisión de violaciones constitucionales y legales por las autoridades.
- c) Otro factor es la violencia del Estado contra los ciudadanos, lo que se presenta cuando el Estado consciente de las ventajas que le otorga un derecho administrativo autoritario buscara acrecentar y perfeccionar las normas que le permiten imponer su voluntad antes de la intervención judicial.
- d) También hay que considerar el desprecio de la ley por el mismo Estado que se presenta cuando el Estado no reconoce el freno del derecho, el mensaje a la población es claro y dramático: Los remedios jurídicos no sirven, utilice otros.

Es importante señalar que aun cuando este fenómeno de corrupción legal lo podemos identificar en diversas áreas del derecho público, para efectos de este trabajo, nos habremos de central específicamente en el tema de la justicia contencioso administrativa (que en el caso de México, incluye a la materia tributaria). Pero más en concreto aún, vemos que el Servicio de Administración Tributaria (SAT), responsable de la recaudación, privilegia esta e intensifica los controles administrativos que ejerce, así como el incremento de herramientas tecnológicas a

A su vez, la discrecionalidad del funcionario público responsable de controlar y sancionar el incumplimiento es muy grande debido a la presencia de los siguientes factores adicionales:

- No siempre es posible, para los particulares, obtener la oportuna intervención judicial para confirmar el sentido o la validez de la norma sin correr el riesgo de ser sancionados por su incumplimiento.
- La sanción suele ser de tal gravedad que puede llevar a la prisión a la quiebra del incumplidor
- El control administrativo sobre el funcionario sancionador es escaso. Más aún, la sanción está bien vista, aunque sea injusta, ya que ella exime al funcionario de sospechas de parcialidad.
- El control judicial sobre la decisión del funcionario es ineficaz, por lento, costoso o por la existencia de doctrinas jurídicas que permiten predecir una decisión contraria al particular.

Todas estas circunstancias, por una parte, incentivan el incumplimiento de la norma y, por la otra, crean o aumentan la indefensión jurídica de los particulares. Pues bien, la corrupción se hace presente allí donde el particular se encuentra jurídicamente indefenso frente al funcionario. Ello porque toda persona colocada en situación de incumplimiento legal es materia disponible para la corrupción, sea a iniciativa de ella misma al verse descubierta, sea a iniciativa del funcionario. Desembocamos así en la inseguridad jurídica como caldo de cultivo de la corrupción. Por lo que combatiendo aquélla se limita a esta última.

³² MAIRAL. Op. cit. p. 15-21.

su alcance, así como la implementación de más agresivas y duras políticas fiscales, cuyo único objetivo parece ser procurar una rápida y fácil recaudación, basado en la errónea apreciación de que se está salvaguardando un interés superior y general.³³

Lo anterior ha provocado el menoscabo de los derechos de los contribuyentes a través de medidas que favorecen a la Administración Tributaria, lo que se traduce (siguiendo el pensamiento de Asorey) en: “[...] una serie de abusos, desvíos, arbitrariedades, donde el sujeto activo actúa fuera de la ley y del derecho, a través de comportamientos anómalos, utilizando en ciertos casos máscaras legitimadoras de la juridicidad, como pseudo interpretaciones reñidas con las garantías constitucionales”.³⁴

Lo anterior se agudiza si consideramos la actuación de los Tribunales quienes conscientes o no, emiten resoluciones que favorecen a los intereses de la administración, o restringen el acceso a la justicia buscando disuadir las demandas contra el Estado.

Klaus Tipke señala los Tribunales son los guardianes de la moralidad fiscal, ya que la Constitución no otorga al legislador poderes en blanco para establecer a su capricho el contenido de las leyes, de ahí que, sean los Tribunales los guardián y vigilantes de la moral fiscal, frente a la actuación del legislador, que no respeta las bases constitucionales, sin embargo, cada vez es más frecuente que en su actuación el legislador se aparte del marco de derecho e incurre en inconstitucionalidades, sobre todo cuando los efectos económicos de las sentencia son para el futuro.³⁵

Otro ámbito de la actuación jurisdiccional se da en el campo de los jueces de legalidad, especialistas que sólo practican la mera aplicación de leyes ordinarias bajo una óptica de legalidad, y se resisten a examinar si los preceptos de la ley son justos³⁶ por lo que cabe preguntar, como lo hace Jean Rivero, si son guardianes de la legalidad administrativa, o guardianes administrativos de la legalidad.³⁷

³³ CABALLERO, R. Proceso tributario y derechos del contribuyente en Venezuela. Apuntes de un desencuentro. In: *Los procedimientos tributarios vs. los derechos de los contribuyentes*. México: Universidad Panamericana; Thomson Reuters, 2018. (Colección Vía Tributaria de la Universidad Panamericana). p. 2.

³⁴ SCHAFFRIK DE NUÑEZ, F. Protección constitucional de los contribuyentes a la arbitrariedad de las administraciones tributarias. In: GÓMEZ COTERO, J. de J.; BÉJAR RIVERA, L. J. (dir.). *Ética y moral tributaria*. México: Universidad Panamericana; Thomson Reuters, 2018. p. 58.

³⁵ Cfr. TIPKE, K. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Traducción: Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002. p. 249.

³⁶ Claudia Guzmán Loayza, reflexiona como el procedimiento contencioso tributario se ha convertido en un simple canal de paso sin mayor valor ni propósito en sí mismo, que tendrá forzosamente que transitarse con el único fin de agotar la vía previa en pro de la tutela jurisdiccional efectiva, mientras que en materia Constitucional y en relación al control de los efectos de las normas tributarias inconstitucionales, actualmente el Tribunal Constitucional Peruano, salvo situaciones excepcionales y muy limitadas, ejerce esta facultad como una herramienta de segundas oportunidades al legislador para corregir el producto del ejercicio irregular de su competencia. Al respecto, cfr. GUZMÁN LOAYZA, C. Algunas consideraciones sobre moral tributaria en el Perú. In: *Ética y Moral Tributaria*. México: Thomson Reuters; Universidad Panamericana, 2018. (Colección Vía Tributaria de la Universidad Panamericana). p. 106.

³⁷ RIVERO, J. *Páginas de Derecho Administrativo. Libro homenaje*. Dirección y coordinación: Libardo Rodríguez Rodríguez. Bogotá: Editorial Themis, 2002. p. 153 y ss.

4 El caso de la jurisprudencia de la litis abierta

Visto lo anterior, consideramos pertinente, siguiendo la metodología propuesta y una vez establecidos los parámetros conceptuales de análisis, entrar propiamente al análisis de un caso de jurisprudencia en materia administrativa, que a nuestro juicio ha resultado una fuente de corrupción: el caso de la litis abierta.

Al respecto, cabe recordar que la figura de la litis abierta fue introducida en el capítulo contencioso del Código Fiscal de la Federación vigente en 1996,³⁸ derogándose para dar paso a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA).

De la exposición de motivos, de dicha reforma claramente se observa que el objetivo de la “litis abierta” fue dotar al contribuyente de seguridad jurídica, para aquellos casos en los que, debido a la falta de asesoramiento legal, haga valer agravios insuficientes que les dificulten el acceso a la justicia.

En México, existe una Jurisprudencia³⁹ en la que se interpretó el concepto de “litis abierta” estableciendo que en el Juicio Contencioso Administrativa, los

³⁸ La figura de la “litis abierta”, se introdujo en el año de 1996 a través del Decreto por el que se Expiden Nuevas Leyes Fiscales y se modifican otras, (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de diciembre de 1995), en vigor el 1º de enero de 1996, y en lo particular en la fracción II del artículo cuarto, por el que se realizan las modificaciones siguientes al Código Fiscal de la Federación:

“[...]”

II. Se adicionan:

a. Los artículos: [...] 197, con un último párrafo; [...]”

Al respecto, en la Exposición de Motivos de La Ley Miscelánea 96, en su apartado relativo a los Aspectos Aplicables al Código Fiscal de la Federación, se observa lo siguiente:

“[...] [Por otra parte, se proponen cambios en el procedimiento contencioso administrativo previsto en el Código Fiscal de la Federación].

[15. Conceptos de anulación no planteados en el recurso]

Una reforma importante en el terreno de la simplificación, será permitir que en el juicio puedan hacerse valer conceptos de impugnación no planteados en el recurso que previamente se haya interpuesto ante la propia autoridad fiscal. Con frecuencia los recursos administrativos están provistos de formalidades que dificultan el acceso a ellos y, cuando el contribuyente no tiene el debido asesoramiento legal, hace valer agravios insuficientes. Esta reforma se complementa con la previsión de que el Tribunal Fiscal se pronunciará sobre la legalidad de la resolución recurrida, en la parte que no satisfizo el interés jurídico del demandante [...]”.

³⁹ Tesis de Jurisprudencia 73/2013, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Décima Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, Tomo I, julio de 2013, p. 917, cuya voz y rubro señalan:

“JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL PRINCIPIO DE LITIS ABIERTA QUE LO RIGE, NO IMPLICA PARA EL ACTOR UNA NUEVA OPORTUNIDAD DE OFRECER LAS PRUEBAS QUE, CONFORME A LA LEY, DEBIÓ EXHIBIR EN EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN O EN EL RECURSO ADMINISTRATIVO PROCEDENTE, ESTANDO EN POSIBILIDAD LEGAL DE HACERLO [MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2a./J. 69/2001 (*)]. Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia referida, al considerar que el principio de litis abierta derivado del artículo 1º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo cobra aplicación únicamente cuando la resolución dictada en un procedimiento administrativo se impugna a través del recurso administrativo procedente, antes de acudir ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y se traduce en la posibilidad para el actor de formular conceptos de impugnación no expresados en el recurso, pero tal prerrogativa no implica la oportunidad de exhibir en juicio los medios de prueba que, conforme a la ley, debió presentar en el procedimiento

contribuyentes no tienen la oportunidad de exhibir en juicio los medios de prueba que, conforme a la ley, debió presentar en el procedimiento administrativo de origen, ello bajo el argumento de que no sería jurídicamente válido declarar la nulidad de la resolución impugnada con base en el análisis de pruebas que el particular no presentó en el procedimiento de origen pues estimar lo contrario significaría sostener que el Tribunal puede sustituirse en las facultades propias de la autoridad fiscal y declarar la nulidad de sus actos por causas atribuibles al particular.

El criterio contenido en esta jurisprudencia abandona algún criterio aislado que sostenía que dado que la etapa tramitada ante la autoridad administrativa no constituye una resolución definitiva, hasta en tanto no se determine un crédito fiscal, de ahí que, cuando el contribuyente impugne la determinación contenida en dicha resolución a través de los medios de defensa, nada impide que pueda hacer valer cuanto argumento convenga a sus intereses y aportar las pruebas que desvirtúen la determinación, pues al cuestionarse la legalidad de la resolución referida, es necesario que se acredite tal ilegalidad.

Independientemente de lo anterior, el que se vea la oportunidad de exhibir en el Juicio Contencioso Administrativo los medios de prueba con los cuales se defiende y acredite la ilegalidad de un acto administrativo, imposibilita que la actividad jurisdiccional se desarrolle en plenitud al impedirle recibir y valorar pruebas, al privar al contribuyente de su derecho de ser oído y vencido en juicio, así como de la oportunidad de exponer todo cuanto considere conveniente en defensa de sus intereses, impidiéndole el aportar las pruebas que desvirtúen la legalidad de una resolución administrativa, lo que implica solapar la actuación arbitraria de la autoridad administrativa, violado el principio de interdicción de la arbitrariedad que

administrativo de origen o en el recurso administrativo respectivo para desvirtuar los hechos u omisiones advertidos por la autoridad administrativa, estando en posibilidad legal de hacerlo. De haber sido esa la intención del legislador, así lo habría señalado expresamente, como lo hizo tratándose del recurso de revocación previsto en el Código Fiscal de la Federación en el que, por excepción, se concede al contribuyente el derecho de ofrecer las pruebas que por cualquier motivo no exhibió ante la autoridad fiscalizadora, para procurar la solución de las controversias fiscales en sede administrativa con la mayor celeridad posible y evitar su impugnación en sede jurisdiccional, esto porque la autoridad administrativa puede ejercer cualquiera de las acciones inherentes a sus facultades de comprobación y supervisión, como lo es, entre otras, solicitar información a terceros para compulsarla con la proporcionada por el recurrente o revisar los dictámenes emitidos por los contadores públicos autorizados, lo que supone contar con la competencia legal necesaria y los elementos humanos y materiales que son propios de la administración pública. Por tanto, tal prerrogativa no puede entenderse extendida al juicio contencioso administrativo, pues no sería jurídicamente válido declarar la nulidad de la resolución impugnada con base en el análisis de pruebas que el particular no presentó en el procedimiento de origen o en el recurso administrativo, estando obligado a ello y en posibilidad legal de hacerlo, como lo prescribe el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al indicar que los gobernados deben conservar la documentación indispensable para demostrar el cumplimiento de las disposiciones fiscales y exhibirla cuando sea requerida por la autoridad administrativa en ejercicio de sus facultades de comprobación. Estimar lo contrario significaría sostener que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa puede sustituirse en las facultades propias de la autoridad fiscal y declarar la nulidad de sus actos por causas atribuibles al particular”.

se desprende de Nuestra Carta Magna, así de sus derechos de audiencia⁴⁰ y de la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la Ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969.

Igualmente se vulnera el derecho al principio de “debido proceso legal”,⁴¹ vinculado con el concepto de “formalidades esenciales del procedimiento”, el cual se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

⁴⁰ Al respecto cabe recordar que el derecho de audiencia consiste fundamentalmente en la oportunidad que se conceda al particular para intervenir con objeto de hacer su defensa, y esa intervención se concreta, en dos aspectos esenciales: a) la posibilidad de rendir pruebas, que acrediten los hechos en que se finque la defensa y b) la de producir alegatos, para apoyar, con las argumentaciones jurídicas que se estimen pertinentes, esa misma defensa, dentro de un procedimiento judicial, en el caso del procedimiento de fiscalización, éste no es un procedimiento judicial.

⁴¹ El concepto de “debido proceso legal” se integra con los elementos de la “fórmula compleja” que contiene el concepto de “formalidades esenciales del procedimiento”, en el que una de las formalidades esenciales de todo procedimiento, es que el particular tenga la oportunidad de ofrecer pruebas y de que esas pruebas sean desahogadas, es decir, dentro del núcleo duro del “debido proceso legal” se incluye la posibilidad probatoria en sentido amplio (ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas) y se entiende como: “Garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos” (CUEVA CARRIÓN, 2001, p. 62) Adicionalmente cabe señalar que los contenidos del debido proceso se han plasmado en el artículo 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).

Al respecto el debido proceso se rige por los siguientes principios:

- a) El derecho a ser oído, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas;
- b) El derecho al proceso, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.
- c) El derecho al plazo razonable, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.
- d) El derecho al Juez natural, y a que éste sea competente, independiente e imparcial, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.
- e) El derecho a la utilidad de la sentencia, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

Por otro lado, cabe destacar en relación al debido proceso, las interpretaciones o sentencias provenientes de la Corte Interamericana de derechos Humanos han señalado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades; y si bien dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. (cfr. Caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C n. 70, párr. 96).

Adicionalmente el debido proceso adjetivo implica el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba y a obtener una decisión fundada.

En relación al derecho de defensa este debe ejercerse a través de un *recurso sencillo y rápido* que presupone⁴² el respeto de principios especiales en cada una de sus etapas como son: derecho a la asistencia letrada; derecho a la gratuidad de la justicia; buena fe en el proceso; derecho a la prueba; derecho a que ella sea valorada adecuadamente; derecho a la sentencia útil; derecho a la ejecución; derecho al recurso; etc.), sin que puedan considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Entendiéndose por recurso ilusorios aquellos que se traducen en una inutilidad práctica. De tal forma que se viola el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que se limita el ofrecimiento de pruebas en el juicio contencioso respecto de aquellas que no fueron exhibidas ante la autoridad administrativa, en tanto que la “litis abierta” tiene por propósito garantizar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia de los gobernados, de manera que no pueden desvincularse la posibilidad de rendir pruebas, que acrediten los hechos en que se finque la defensa de la posibilidad de producir argumentos jurídicos, que se estimen pertinentes en esa misma defensa, en tanto de nada sirve producir argumentos sin la posibilidad de probar estos, de manera que se garantice el derecho a una sentencia útil; que le permita obtener una decisión fundada cuyo propósito fundamental sea la otorgar justicia, y no traducirse en una verdadera trampa procesal que impida al gobernado el acceso a la justicia y fomente la arbitrariedad por parte de la autoridad administrativa.

En el ámbito español, César García Novoa, reflexiona sobre una propuesta legislativa que pretendía la pretendida preclusividad para aportar pruebas en sede económico-administrativa si no se aportaron en vía de gestión; bajo el argumento de que el procedimiento de revisión económico-administrativo no es el momento procesal oportuno para aportar unas pruebas que pudieron y debieron aportarse antes. Propuesta que critica duramente por tratarse de un planteamiento gravemente lesivo para los derechos de los obligados tributarios, olvidando que la vía económico-administrativa es una instancia previa a la vía judicial, en la que no son aceptables limitaciones groseras del derecho de prueba.

Desgraciadamente en México la idea de la preclusividad para aportar pruebas sí permeó en nuestro sistema, y se consolidó a través de resoluciones dictadas por por la SCJN y que constituyen Jurisprudencia obligatoria.

En ese sentido, sí cuando se acude al Juicio Contencioso Administrativo no se pueden ofrecer pruebas, lo cual, sin duda, constituye una interpretación restrictiva de la norma, además de contravenir lo dispuesto por el artículo 1 de la Constitución

⁴² Cfr. artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que establece que siempre debe proveerse a la interpretación que mayor beneficio genere al gobernado y no aquella que le restrinja derechos, sea por una mera interpretación *pro personae*, o bien, por el principio de justicia del caso concreto.

Más allá de la crítica jurídica que se pueda hacer a la tesis anterior, la misma se ha convertido en un importante factor de corrupción, pues basta con que la autoridad fiscal afirme que el contribuyente no probó en contra de sus afirmaciones dentro de la etapa administrativa, para que ello impida que el contribuyente pueda aportar prueba en la etapa Judicial, aun cuanto a través de estas pruebas, el contribuyente acredite que tiene la razón, con lo cual, se restringe su acceso a la justicia a través de trabas de procedimiento cuyo propósito es disuadir las demandas contra el Estado, enviando el mensaje que como señala el profesor Héctor Mairal: “[...] los remedios jurídicos no sirven, utilice otros [...]” al dejar al particular indefenso frente al funcionario produciendo la sensación que no tendrá defensas jurídicas frente a la autoridad, generándose violencia del Estado contra los contribuyentes, al haberse generado un criterio autoritario que le permite imponer su voluntad aún ante la intervención judicial.⁴³

Es pocas palabras, es en virtud de un criterio jurisprudencial, que en realidad el sistema normativo está provocando una modalidad de corrupción legal, que se traduce en la práctica en una negación o por lo menos limitación de los derechos de los administrados y contribuyentes y, por tanto, podemos concluir que el sistema se convierte en un cómplice de las patologías corruptivas que nos aquejan hoy en día, y en este caso en concreto, no por actos ilícitos o ilegales, sino desafortunadamente de una forma más brutal, por ejercer legalmente sus atribuciones y con ello, dejar desprotegido al ciudadano.

5 Conclusiones

La corrupción es un fenómeno que nos afecta a todos, ciudadanos y administración, y a todos los países del mundo, en mayor o menor medida, y es obligación de todos contribuir con el combate al mismo.

En el caso de México, incluso relativamente reciente, se creó el Sistema Nacional Anticorrupción y se transformó, desde la Constitución, el combate a la corrupción a partir de un rediseño de las responsabilidades administrativas y el endurecimiento de la persecución criminal de las conductas corruptas.

Sin embargo, también existe otra forma de corrupción, coincidiendo con el profesor argentino Héctor A. Mairal, donde la patología corruptiva surge precisamente

⁴³ MAIRAL. Op. cit. 2007.

de un sistema jurídico que pervierte y busca la norma oscura o ambigua, con el fin de provocar ciertas patologías corruptivas.

Dentro de estas patologías, con el fin de ilustrar nuestra hipótesis, la cual consideramos que ha sido demostrada, a reserva de continuar con los trabajos de investigación y análisis al respecto, a priori, que es posible que dentro del propio sistema de derecho, en este caso, dentro del derecho procesal mexicano, se genere una patología de corrupción legal, mediante jurisprudencia que en la práctica se convierte en la negación o limitación de un derecho, cuando el texto de la norma no lo hace, ni mucho menos si se atiende al derecho convencional.

La litis abierta, más allá de las críticas que se puedan hacer en relación a la prudencia, legalidad, técnica y apego a la constitucionalidad y convencionalidad que se puedan hacer, se ha convertido en la práctica, en un factor de corrupción, pues basta con que la autoridad administrativa afirme que el ciudadano no probó en contra de sus afirmaciones dentro de la etapa administrativa, para que ello impida que éste pueda aportar pruebas en la etapa Jurisdiccional, aun cuando a través de éstas, se pueda acreditar la razón de su dicho, restringiendo así su acceso a la justicia a través de trabas de procedimiento cuyo propósito es disuadir el litigio en contra del Estado, y ello, hacer ineficientes los medios de defensa con lo que se cuentan, generando un sentimiento de indefensión, inutilidad y desconfianza en nuestro sistema jurisdiccional, de tal forma que se convierte en una práctica macabra disuasiva del ejercicio de derechos elementales.

Referencias

BAUMGARTNER, F. R.; DE BOEF, S. L.; BOYDSTUM, A. E. *The decline of the death penalty and the discovery of innocence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BÉJAR RIVERA, L. J. *El acto administrativo y su finalidad*. México: Porrúa, 2018. p. 115-123.

BÉJAR RIVERA, L. J. El combate a la corrupción en materia de contrataciones públicas. Comentarios sobre la legislación mexicana federal. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Madrid, n. 145, La Ley, 2016.

CABALLERO, R. Proceso tributario y derechos del contribuyente en Venezuela. Apuntes de un desencuentro. In: *Los procedimientos tributarios vs. los derechos de los contribuyentes*. México: Universidad Panamericana; Thomson Reuters, 2018. (Colección Vía Tributaria de la Universidad Panamericana).

CASAR, M. A. Anatomía de la corrupción. *CIDE-IMCO*, 2. ed., p. 10 y ss, oct. 2016. Disponible en: <http://www.cide.edu/mexico-anatomia-de-la-corrupcion-maria-amparo-casar/#>.

COBOS PALMA, A. La corrupción en un México globalizado. *Revista In Jure*, Anáhuac Mayab [online], año 1, n. 1, p. 98-121, 2012.

DEYSINE, A. Political corruption: a review of literature. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, 8, p. 447-462, 1980.

ESCOBAR-LEMMON, M.; ROSS, A. D. Does decentralization improve perceptions of accountability? Attitudinal evidence from Colombia. *American Journal of Political Science*, v. 58, n. 1, p. 175-188, 2014.

FABIÁN CAPARRÓS, E. A. En su cátedra de *Corrupción y blanqueo de capitales en Derecho Penal*, en la Edición XXVI de los Cursos de Especialización en Derecho de la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, 2010.

GESTA LEAL, R. *Patologías corruptivas: as múltiplas faces da hidra*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.

GÓMORA, D. Corrupción política general más dinero sucio. *El Universal*, 1º nov. 2015. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2015/11/1/corrupcion-politica-genera-mas-dinero-sucio>.

GUZMÁN LOAYZA, C. Algunas consideraciones sobre moral tributaria en el Perú. In: *Ética y Moral Tributaria*. México: Thomson Reuters; Universidad Panamericana, 2018. (Colección Vía Tributaria de la Universidad Panamericana).

HUNTINGTON, S. P. Modernization and corruption. In: *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

MAIRAL, H. A. *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2007.

MORENO OCAMPO, L. Una propuesta de acción. In: GRONDONA, M. *La corrupción*. 3. ed. Buenos Aires: Planeta, 1993.

PÉREZ GALDÓS, B. *Episodios nacionales*. Gerona; Madrid: Aguilar, 1981.

PÉREZ PORTO, J.; MERINO, M. *Definición de corrupción*. 2011. (2014 actualizado). Disponible en: <http://definición.de/corrupcion/>.

RIVERO, J. *Páginas de Derecho Administrativo. Libro homenaje*. Dirección y coordinación: Libardo Rodríguez Rodríguez. Bogotá: Editorial Themis, 2002.

SAINT-MARTIN, D.; THOMPSON, F. (ed.). *Public ethics and governance*. Oxford: Elsevier, 2006.

SCHAFRIK DE NUÑEZ, F. Protección constitucional de los contribuyentes a la arbitrariedad de las administraciones tributarias. In: GÓMEZ COTERO, J. de J.; BÉJAR RIVERA, L. J. (dir.). *Ética y moral tributaria*. México: Universidad Panamericana; Thomson Reuters, 2018.

TIPKE, K. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Traducción: Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002.

UGALDE, L. C. El debate sobre la corrupción en México. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 8-11 oct. 2002, Lisboa, Portugal.

VÉRON, R.; WILLIAMS, G.; CORBRIDGE, S.; SRIVASTAVA, M. Decentralized corruption or corrupt decentralization? Community monitoring of poverty-alleviation schemes in Eastern India. *World Development*, v. 34, n. 11, p. 1.922-1.941, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BÉJAR RIVERA, Luis José; GÓMEZ COTERO, José de Jesús. Cuando el Derecho se convierte en aliado de la corrupción: un caso en el Derecho Administrativo mexicano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 11-30, jan./mar. 2021.
