

IV. VOTO CONCURRENTENTE³⁰

Voto concurrente que formula el señor Ministro José Fernando Franco González Salas en la contradicción de tesis 14/2009, resuelta en sesión del uno de abril de dos mil nueve.

Los señores Ministros que integramos la Segunda Sala del Alto Tribunal coincidimos en que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no debe exigir en el juicio de nulidad que los apoderados extranjeros acrediten su legal estancia en el país y su calidad migratoria para tener por acreditada la *personería*, en términos del artículo 67¹ de la Ley General de Población.

³⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, junio de 2009, p. 481; IUS: 40205.

¹ "Artículo 67. Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos que establezca el reglamento, acrediten que su condición y calidad migratoria les permiten

Los casos contradictorios dimanar de poderes que fueron otorgados a una persona extranjera por una persona moral —que se protocolizó por un notario público local—, cuyo documento se exhibió en el juicio de nulidad para acreditar la personería de la demandante, siendo que un tribunal arribó a la conclusión que ante la Sala Fiscal debió demostrarse la legal estancia en el país y la calidad migratoria del apoderado (directamente), mientras que el otro estimó que era suficiente el poder notarial.

La ejecutoria aprobada, ante este escenario, transcribe los artículos 1o.² y 33³ de la Constitución Federal y diversos tratados internacionales, inclusive, se llegó a aplicar el numeral 3o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: "**Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica**", para concluir que deben prevalecer sobre las prevenciones del artículo 67 de la Ley General de Población, al estimarse que debe darse el mismo trato a los extranjeros que a los nacionales en el goce de sus garantías individuales y sus derechos esenciales.

realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el reglamento, darán aviso a la expresada secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellos."

² "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

³ "Artículo 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

"Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país."

a) *Los derechos fundamentales o garantías individuales no tienen un papel determinante en la litis analizada.*

La construcción argumentativa no es clara en este sentido, porque creo que nadie duda de que los derechos fundamentales de los extranjeros tienen que respetarse en similares condiciones que los nacionales, pero aquí el apoderado extranjero, por lógica, no busca defender un derecho fundamental propio en el juicio, sino de la empresa que representa, la cual, en todo caso, sería la única que pudiera verse afectada en su garantía de defensa o en el derecho a la tutela judicial efectiva que se ha extendido a los órganos jurisdiccionales como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.⁴

⁴ Así se pronunció la Segunda Sala en la jurisprudencia 192/2007, localizable en la página 209 del Tomo XXVI, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro y texto siguientes: "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES. La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla la hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales."

Asimismo, estimo que esa deficiente construcción conllevó a otro problema más delicado: el conceptual. Este aserto puede verse reflejado con nitidez cuando se transcribe el artículo 3o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para apoyar la argumentación como si fuera lo mismo el reconocimiento de la *personalidad jurídica como derecho fundamental* y la mal llamada *personalidad jurídica vinculada a la representación procesal* de un apoderado.

Según la doctrina moderna el apoderamiento es un acto en el cual un sujeto llamado poderdante otorga una representación, general o particular, a otro denominado apoderado. Se distingue de otros actos jurídicos porque es unilateral, autónomo, abstracto y revocable.

El apoderamiento es un acto jurídico unilateral en un doble sentido: a) en su otorgamiento sólo interviene la declaración de voluntad de un sujeto —el poderdante—; y, b) los efectos jurídicos de dicha declaración de voluntad afectan a la esfera jurídica de una sola persona: la del mismo poderdante.

Luego, la actuación del apoderado no produce efectos sobre su propia esfera jurídica, ni logra afectarla o agravarla, sino que lo hace sobre la del poderdante mientras aquél actúe dentro de la extensión y límites del apoderamiento.

Por su parte, el mandato es un contrato principal, bilateral, oneroso, con forma restringida e *intuitu personae*. El mandato es una relación obligatoria entre el mandante y el mandatario que genera diversas obligaciones que vinculan a ambas partes, sobre todo al mandatario porque lo hace de forma directa al cumplir las prestaciones; en cambio, el apo-

deramiento —que no es contrato⁵ sino acto unilateral— no es fuente en sí mismo de obligaciones, sino que da origen a una *potestad o atribución* para intervenir en el tráfico jurídico en nombre de otro.

En ese tenor, la denominada *personalidad jurídica* que se exige en los procesos jurisdiccionales no es otra situación que la representación legal de la persona que comparece a nombre de otra, la cual puede actualizarse mediante el apoderamiento, pero esta definición —que atiende a lo procesal— no puede hermanarse con el *reconocimiento de la personalidad jurídica* establecido en los tratados internacionales de derechos humanos.

La personalidad humana —que es una personalidad jurídica— son los atributos que constituyen parte integrante de su esencia, y que corresponden a la persona en sí misma considerada, por lo que se sitúan en el ámbito interno de aquella llamados *bienes o derechos* de la personalidad. Derivan de la dignidad humana que se describe reiteradamente en los artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 25 de la Constitución, los cuales son inherentes a la condición de ser humano y permiten el pleno goce de sí mismo en cuanto a su propia entidad, integridad y demás manifestaciones, con el fin de asegurarle los aspectos más personales e íntimos.

Entre los derechos de la personalidad humana se ubican el nombre, imagen, intimidad, vida privada, reputación,

⁵ Al respecto, Bernardo Pérez Fernández del Castillo sostiene que 'el mandato no es representativo; sin embargo, puede serlo si va unido con el otorgamiento de un poder, es decir, el mandato siempre requiere del poder para ser representativo y surta efectos entre mandante y terceros.'

el honor y dentro de los bienes está la vida o la integridad física. Entonces, después de hacer un breve estudio sobre la personalidad jurídica como *garantía constitucional* y como *representación procesal*, no puede sostenerse que la expresión "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" se entienda referida a la personería en juicio, como se deja entrever en la ejecutoria, sino al derecho fundamental.

No se soslaya que la *defensa jurisdiccional* se elevó a la categoría de derecho fundamental o garantía individual en las Constitucionales modernas, pero, se insiste, en su caso sería el poderdante quien resentiría la afectación si no se le reconoce la personería a su apoderado, mas no a este último que sólo actúa en el juicio de nulidad en representación de otra persona, por lo que puedo concluir que el apoderamiento civil hacia un extranjero no es derecho fundamental ni la posible limitación de su ejercicio viola sus garantías individuales.

b) ¿Por qué al notario público le compete analizar que se hayan cumplido los requisitos del artículo 67 de la Ley General de Población?

Partiendo de la base de que no era necesario precisar que los tratados de derechos humanos están por encima del artículo de mérito, en tanto que no puede haber *oposición* entre ellos por la naturaleza descrita de la representación, y que la ejecutoria no explica a detalle por qué el notario público es el único encargado de velar que se cumplan los requisitos del artículo 67 de la Ley General de Población —*por lo menos en la hipótesis analizada*—, a continuación trataré de justificar dicha posición.

Conviene mencionar que los artículos 5o.⁶ y 15, fracción II,⁷ de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo disponen que deberá acompañarse el documento que acredite la personalidad cuando se promueva a nombre de la demandante. Esta ley, al igual que otras como la Ley Federal del Trabajo, no establece cómo se acreditará la personalidad cuando se trate de poderes de sociedades ni qué requisitos debe tener el testimonio que se exhiba, por lo que deberá acudir al texto del artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para tal efecto, de acuerdo con la jurisprudencia siguiente:

"Jurisprudencia

"Materia(s): Laboral

"Novena Época

"Instancia: Segunda Sala

"Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

⁶ Artículo 5o. Ante el tribunal no procederá la gestión de negocios. Quien promueva a nombre de otra deberá acreditar que la representación le fue otorgada a más tardar en la fecha de la presentación de la demanda o de la contestación, en su caso.

"La representación de los particulares se otorgará en escritura pública o carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario o ante los secretarios del tribunal, sin perjuicio de lo que disponga la legislación de profesiones. La representación de los menores de edad será ejercida por quien tenga la patria potestad. Tratándose de otros incapaces, de la sucesión y del ausente, la representación se acreditará con la resolución judicial respectiva.

"La representación de las autoridades corresponderá a las unidades administrativas encargadas de su defensa jurídica, según lo disponga el Ejecutivo Federal en su reglamento o decreto respectivo y en su caso, conforme lo disponga la Ley Federal de Entidades Paraestatales. Tratándose de autoridades de las entidades federativas coordinadas, conforme lo establezcan las disposiciones locales.

"Los particulares o sus representantes podrán autorizar por escrito a licenciado en derecho que a su nombre reciba notificaciones. La persona así autorizada podrá hacer promociones de trámite, rendir pruebas, presentar alegatos e interponer recursos. Las autoridades podrán nombrar delegados para los mismos fines."

⁷ Artículo 15. El demandante deberá adjuntar a su demanda:

"II. El documento que acredite su personalidad o en el que conste que le fue reconocida por la autoridad demandada, o bien señalar los datos de registro del documento con la que esté acreditada ante el tribunal, cuando no gestione en nombre propio."

"XII, septiembre de 2000

"Tesis: 2a./J. 85/2000

"Página: 112

"PERSONALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER EL TESTIMONIO NOTARIAL RESPECTIVO, TRATÁNDOSE DE SOCIEDADES MERCANTILES.—En términos de lo establecido en el artículo 692 de la Ley Federal del Trabajo, las partes en el juicio pueden comparecer al mismo de manera directa o por conducto de apoderado, señalando en su fracción III que cuando se trate del apoderado de una persona moral, éste podrá acreditar su personalidad mediante testimonio notarial o carta poder, precisándose los requisitos a los que la ley sujeta la validez de esta última. Ahora bien, ante el vacío legislativo sobre los requisitos que debe cumplir ese testimonio, en el caso de las sociedades mercantiles, debe acudirse a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en específico a su artículo 10, conforme al cual será necesario que en el instrumento respectivo conste la denominación o razón social de la sociedad, domicilio, duración, importe del capital social y objeto de la misma, las facultades que conforme a sus estatutos correspondan al órgano que acordó el otorgamiento del poder y, si el poder se otorgare por conducto de una persona distinta a los órganos de representación de la sociedad, deberá quedar acreditado que dicha persona tiene facultades para ello."

Por su parte, el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone:

"Artículo 10. La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes

podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social.

"Para que surtan efecto los poderes que otorgue la sociedad mediante acuerdo de la asamblea o del órgano colegiado de administración, en su caso, bastará con la protocolización ante notario de la parte del acta en que conste el acuerdo relativo a su otorgamiento, debidamente firmada por quienes actuaron como presidente o secretario de la asamblea o del órgano de administración según corresponda, quienes deberán firmar el instrumento notarial, o en su defecto lo podrá firmar el delegado especialmente designado para ello en sustitución de los anteriores.

"El notario hará constar en el instrumento correspondiente, mediante la relación, inserción o el agregado al apéndice de las certificaciones, en lo conducente, de los documentos que al efecto se le exhiban, la denominación o razón social de la sociedad, su domicilio, duración, importe del capital social y objeto de la misma, así como las facultades que conforme a sus estatutos le correspondan al órgano que acordó el otorgamiento del poder y, en su caso, la designación de los miembros del órgano de administración.

"Si la sociedad otorgare el poder por conducto de una persona distinta a los órganos mencionados, en adición a la relación o inserción indicadas en el párrafo anterior, se deberá dejar acreditado que dicha persona tiene las facultades para ello."

Al realizarse la protocolización ante el notario público y la inserción de documentos en el instrumento notarial, bas-

tará que cumpla los requisitos de mérito para que surta efecto el poder si se otorga a un individuo nacional, pero deberá complementarse lo anterior con lo dispuesto en la Ley General de Población si el poder pretende otorgarse a una persona extranjera.

La Convención sobre las Condiciones de los Extranjeros, la referida ley y su reglamento, en la parte que interesa, disponen:

Convención sobre las Condiciones de los Extranjeros.

"Artículo 1o. Los Estados tienen el derecho de establecer, por medio de leyes, las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en su territorio."

Ley General de Población.

"Artículo 58. Ningún extranjero podrá tener dos calidades o características migratorias simultáneamente."

"Artículo 60. Para que un extranjero pueda ejercer otras actividades, además de aquellas que le hayan sido expresamente autorizadas, requiere permiso de la Secretaría de Gobernación."

"Artículo 65. Los extranjeros registrados, están obligados a informar al Registro Nacional de Extranjeros, de sus cambios de calidad o característica migratoria, nacionalidad, estado civil, domicilio y actividades a que se dediquen, dentro de los treinta días posteriores al cambio."

"Artículo 67. Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos que establezca el reglamento, acrediten que su condición y calidad migratoria les permiten realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el reglamento, darán aviso a la expresada secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellas."

Reglamento de la Ley General de Población.

"Artículo 139. Los extranjeros y extranjeras sólo podrán dedicarse a las actividades expresamente autorizadas por la secretaría, y cuando así proceda o se estime necesario, se señalará en la autorización correspondiente el lugar de su residencia. ..."

"Artículo 140. De conformidad con el artículo 60 de la ley, para que un extranjero o extranjera pueda dedicarse a otras actividades además de aquellas que le hayan sido expresamente autorizadas, deberá obtener el permiso correspondiente de la secretaría, previo cumplimiento de los requisitos que la misma determine."

"Artículo 153. Sólo a petición expresa de la secretaría, las autoridades y fedatarios a que se refieren los artículos 67 y 69 de la ley, informarán de cualquier acto o contrato en

el que hayan intervenido extranjeros, mencionando los documentos con los que acreditaron su legal estancia en el país, y en su caso, el permiso respectivo de la secretaría.

"Las autoridades y fedatarios mencionados se abstendrán de dar su autorización si advierten irregularidades en la documentación migratoria de los extranjeros, si no se presenta el permiso respectivo cuando éste sea necesario, o si sus condiciones y calidad migratoria no les permite realizar el acto o contrato de que se trate, lo que comunicarán inmediatamente a la secretaría."

"Artículo 154. La secretaría, cuando lo estime necesario, podrá instruir a las autoridades a que aluden los artículos 67, 68 y 69 de la ley, respecto a la forma en que deben cumplir con las obligaciones que les impongan la ley y este reglamento."

"Artículo 155. ...

"La declaración de nulidad, en su caso, será hecha por los Tribunales Federales a solicitud del Ministerio Público Federal, previa petición de la secretaría."

Debe tenerse en cuenta que el Congreso de la Unión, al expedir la Ley General de Población, actuó con base en la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Federal, que dice:

"Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

"...

"XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República."

Del enlace de las disposiciones transcritas se evidencia que el Estado mexicano tiene derecho a establecer las condiciones a que se sujetarán los extranjeros en su residencia por el país,⁸ por tanto, la Ley General de Población y su reglamento establecen la calidad migratoria de la persona extranjera y las actividades a que se dediquen, siendo que estas últimas deben coincidir con la primera, salvo autorización de la Secretaría de Gobernación.

En tal virtud, al protocolizar el otorgamiento de poderes, el notario público local, por tratarse de un asunto de su competencia, debe exigir que el futuro apoderado, si es extranjero, acredite su legal estancia en el país y que su calidad migratoria le permite realizar las actividades inherentes al poder o la autorización de la Secretaría de Gobernación, ya que el artículo 67 de la ley es enfático al prever que "están obligados a exigir" y el reglamento dice "se abstendrán de dar su autorización" que significa que no podrán protocolizar o formalizar el otorgamiento de poderes.

⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en este sentido: "Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, si puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003).

De aceptarse lo contrario, se permitiría que surtiera efectos un instrumento notarial que no cumple con los requisitos legales para ser eficaz, ya que por ejemplo, conllevaría a que cualquier persona extranjera, aunque tenga una residencia temporal —como los turistas—, pudieran aceptar el poder y realizar actividades en el país sin la autorización correspondiente o en contravención a su calidad migratoria, sin ningún control poblacional.

No pasa inadvertido que el instrumento notarial no requiere de la presencia de la persona a quien se otorga el poder ni, por ende, de su firma en el documento, pero ello no es óbice para dejar de cumplir disposiciones de orden público como la prevista en el artículo 67 de la Ley General de Población o hacer fraude a la ley, ya que en este evento la comprobación de la estancia legal en el país y su calidad migratoria o la autorización relativa correrá a cargo de la persona colectiva que desea otorgarlo.

Bajo esa óptica jurídica, si el notario público es la persona que protocoliza el poder, es decir, en primer lugar conoce de la actividad que pretende realizar una persona extranjera en el país, sin duda le corresponde verificar su legal estancia dentro del territorio nacional y su calidad migratoria, porque a la Sala Fiscal sólo se le presenta el documento que acredita la personalidad del apoderado extranjero, que se supone cumplió con los requisitos legales, y sería inadecuado volver a requerir al promovente para que demuestre tales extremos si compete al fedatario público el cerciorarse de ellos antes de protocolizar el poder.

Por estos motivos no comparto algunas consideraciones de la ejecutoria aprobada por unanimidad de votos.