

REVISTA ANUAL

DEL PODER JUDICIAL DE TAMAULIPAS

Año 9 Núm. 9 Publicación anual
Noviembre 2017



JUSTICIA, SUPREMO FIN DEL JUEZ

"Ius est ars boni et aequi"



2017





REVISTA ANUAL

DEL PODER JUDICIAL DE TAMAULIPAS

Año 9 Núm. 9 Publicación anual
Noviembre 2017

JUSTICIA, SUPREMO FIN DEL JUEZ

"Ius est ars boni et aequi"

2017

PRESENTACIÓN

Ponemos a su disposición el noveno número de la Revista del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas, Justicia Supremo Fin del Juez “Ius est ars boni et aequi” la cual constituye un espacio para la difusión del conocimiento jurídico sustentado en el quehacer jurisdiccional de los servidores públicos que trabajan en esta institución, a la vez que representa un medio de comunicación con la comunidad a quien servimos.

Este trabajo editorial se nutre con la participación de especialistas en las diversas áreas del ámbito jurídico que gracias a sus colaboraciones enriquecen la visión que se tiene de la justicia en México, constituyendo un foro para el análisis y la evolución de los conceptos siempre en áreas del mejoramiento de la justicia cotidiana.

Hoy día en México la implementación de la oralidad como forma de sustanciación de los procesos judiciales, constituye una de las premisas fundamentales para los órganos encargados de impartir justicia, así como establece las bases que permitan el tránsito de la justicia del trabajo hacia tribunales que pertenezcan a los poderes judiciales, por ello es tan importante propagar la información de estos temas para alcanzar una mayor socialización de los mismos, con el ánimo de que los justiciables sean mayormente beneficiados con estos cambios.

En el Poder Judicial del Estado de Tamaulipas nuestras tareas fundamentales son las de carácter jurisdiccional, pero las mismas encuentran apoyo en una sólida estructura administrativa, donde a través

de procedimientos claros y accesibles para todos, se brinda atención a nuestros conciudadanos que ocurren a solicitar los servicios que brindamos, por ello la trascendencia de esta edición donde no solo se abordan temas estrechamente vinculados con las tareas jurisdiccionales que directamente atendemos, sino que se abordan tópicos de la enciclopedia jurídica en general.

La novena edición de la revista justicia está disponible en la página www.pjetam.gob.mx como una forma de darle mayor cobertura, para facilitar su lectura tanto por nuestros servidores judiciales como por especialistas, académicos y la comunidad general a quien servimos

Magistrado Horacio Ortiz Renán

Presidente del Supremo Tribunal de Justicia
y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Tamaulipas

DIRECTORIO

MAGISTRADO HORACIO ORTIZ RENÁN

PRESIDENTE DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL CONSEJO DE LA
JUDICATURA DEL ESTADO DE TAMAULIPAS

VACANTE

PRIMERA SALA UNITARIA
EN MATERIAS CIVIL Y FAMILIAR

MAGISTRADO OSCAR CANTÚ SALINAS

TITULAR DE LA SEGUNDA SALA UNITARIA
EN MATERIA PENAL

MAGISTRADO ADRIÁN ALBERTO SÁNCHEZ SALAZAR

TITULAR DE LA TERCERA SALA UNITARIA
EN MATERIAS CIVIL Y FAMILIAR

MAGISTRADA MARIANA RODRÍGUEZ MIER Y TERÁN

TITULAR DE LA CUARTA SALA UNITARIA
EN MATERIA PENAL

MAGISTRADO HERNÁN DE LA GARZA TAMEZ

TITULAR DE LA QUINTA SALA UNITARIA
EN MATERIAS CIVIL Y FAMILIAR

MAGISTRADO RAÚL ENRIQUE MORALES CADENA

TITULAR DE LA SEXTA SALA UNITARIA
EN MATERIA PENAL

MAGISTRADO JESÚS MIGUEL GRACIA Riestra

TITULAR DE LA SÉPTIMA SALA UNITARIA
EN MATERIAS CIVIL Y FAMILIAR

MAGISTRADA BLANCA AMALIA CANO GARZA

TITULAR DE LA OCTAVA SALA UNITARIA
EN MATERIAS CIVIL Y FAMILIAR

MAGISTRADO EGIDIO TORRE GÓMEZ

TITULAR DE LA NOVENA SALA UNITARIA
EN MATERIAS CIVIL Y FAMILIAR

MAGISTRADO PEDRO LARA MENDIOLA

TITULAR DE LA SALA AUXILIAR Y DE
JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

MAGISTRADO JAVIER VALDEZ PERALES

TITULAR DE LA SALA REGIONAL VICTORIA

MAGISTRADA MARTHA PATRICIA RAZO RIVERA

TITULAR DE LA SALA REGIONAL ALTAMIRA

MAGISTRADO PEDRO FRANCISCO PÉREZ VÁZQUEZ

TITULAR DE LA SALA REGIONAL REYNOSA

CONSEJEROS DE LA JUDICATURA

CONSEJERA ELVIRA VALLEJO CONTRERAS

TITULAR DE LA COMISIÓN DE DISCIPLINA
E IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS JURÍDICOS

CONSEJERO RAÚL ROBLES CABALLERO

TITULAR DE LA COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN,
SERVICIOS Y CAPACITACIÓN

CONSEJERO ERNESTO MELÉNDEZ CANTÚ

TITULAR DE LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y
FINANZAS

CONSEJERO DAGOBERTO ANÍBAL HERRERA LUGO

TITULAR DE LA COMISIÓN DE CARRERA JUDICIAL
Y VIGILANCIA

CONSEJO EDITORIAL

MAGISTRADO HORACIO ORTIZ RENÁN

Presidente del Supremo Tribunal de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Tamaulipas

LICENCIADO HERNÁN DE LA GARZA TAMEZ

Magistrado de la Quinta Sala Unitaria
en Materias Civil y Familiar

MAESTRO RAÚL ROBLES CABALLERO

Consejero de la Judicatura Titular de la Comisión de Modernización,
Servicios y Capacitación

Coordinación General:

DR. JUAN PLUTARCO ARCOS MARTÍNEZ

Director de la Escuela Judicial

Coordinación de diseño editorial y maquetación:

MTRO. ERIK ALEJANDRO CANCINO TORRES

Jefe de Difusión del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas

Auxiliar:

LIC. ELISEO RODRÍGUEZ TOVAR

Derechos reservados por:

Poder Judicial del Estado de Tamaulipas

"Justicia, Supremo Fin del Juez". Es una publicación anual del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas. Su distribución es gratuita. Los materiales que aquí se publican son responsabilidad del autor.

Noviembre de 2017.

ÍNDICE

EDITORIAL	13
ECONOMÍA, GLOBALIZACIÓN Y DERECHO RAÚL E. MORALES CADENA	17
HACIA UNA NUEVA JUSTICIA LABORAL EN SEDE JUDICIAL "BREVES APUNTES" RAÚL ROBLES CABALLERO	33
DETECCIÓN Y CONTROL DE DISCREPANCIAS FISCALES POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA MARÍA ANGÉLICA NAVA RODRÍGUEZ	51
MOMENTOS PARA LA DETENCIÓN DE LAS PERSONAS LEGALIDAD EN LA DETENCIÓN RICARDO SILVA SALINAS	73
ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS RECURRIDAS DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL MEXICANO CARLOS MANUEL ROSALES	109
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LAS CONTRIBUCIONES EN MÉXICO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA RENÉ ADRIÁN SALINAS SALINAS	129
SOBRE EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN JORGE LEONCIO RAMÍREZ SÁNCHEZ	185

EDITORIAL

El grupo de trabajo que participó en la estructuración, diseño, acopio de información y revisión de la novena edición de la Revista Justicia, Supremo Fin del Juez “Ius est ars boni et aequi” agradece a todos los lectores su interés por el contenido de esta obra, así como a todos los juristas que nos apoyaron con su colaboración que enseguida se pone a su consideración.

Esta publicación tiene como propósito brindar un espacio para divulgar el conocimiento jurídico, mediante la reflexión crítica de especialistas sobre diversas cuestiones estrechamente relacionadas con la agenda nacional sobre la modificación de las distintas instituciones jurídicas que van evolucionando de manera acorde con la dinámica social.

Este número contiene 7 artículos, a través de los cuales sus autores glosan importantes apreciaciones en relación con asuntos capitales en el ámbito normativo, los cuales gravitan en relación con reformas medulares que en los últimos años han dado una nueva dimensión al sistema jurídico mexicano.

Inicia con el artículo elaborado por el Doctor Raúl E. Morales Cadena, intitulado “Economía, Globalización y Derecho” donde su autor realiza un interesante análisis de la forma como los elementos economía y globalización influyeron en la modificación del sistema de justicia mexicano.

Se continúa con la colaboración del Maestro Raúl Robles Caballero, quien realiza una muy completa exposición de las causas, efectos, y necesidades que plantea la implementación del contenido de la reforma del artículo 123 constitucional, que da pie al tránsito de la competencia de las juntas de conciliación y arbitraje a los tribunales federales y locales, en el trabajo nominado “Hacia una Nueva Justicia Laboral en Sede Judicial”.

Enseguida aparece el trabajo de la Doctora María Angélica Nava Rodríguez, denominado “Detección y Control de Discrepancias Fiscales por la Autoridad Administrativa” tema ligado a la declaración fiscal de los contribuyentes que puede tener diferencias con la información que tiene en su poder la autoridad hacendaria; tema que guarda relación con el artículo “Principios Constitucionales de las Contribuciones en México a la Luz de la Jurisprudencia” del Mtro. René Adrián Salinas Salinas.

Se incluye la reflexión del Maestro Ricardo Silva Salinas, sobre la situación jurídica del ciudadano que es privado de su libertad a través del trabajo “Momentos para la detención de las personas” donde hace consideraciones sustentadas en el orden jurídico vigente a la luz de su propia experiencia laboral.

Agradecemos la colaboración del destacado jurista Doctor Carlos Manuel Rosales, con el artículo “Análisis de las Resoluciones Administrativas recurridas del Consejo de la Judicatura Federal mexicano” quien expone un análisis de las apelaciones interpuestas por las resoluciones administrativas que ha emitido el Consejo de la Judicatura Federal mexicano en los casos que sancionaron a jueces y magistrados federales.

Y finalmente aparece el artículo “Sobre el Sistema Nacional Anticorrupción” del Maestro Jorge Leoncio Ramírez Sánchez, quien realiza una exposición de las causas que dan pie al nacimiento del Sistema Nacional Anticorrupción en México, y la trascendencia de los valores y principios éticos para lidiar con la corrupción.

ECONOMÍA, GLOBALIZACIÓN Y DERECHO

Raúl E. Morales Cadena*

1. Introducción

El 18 de junio del 2008 se llevó a cabo en México la reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública. No es una simple modificación al orden jurídico imperante, se trata realmente de una innovación sustancial, que forma parte de un proceso para establecer las nuevas bases que servirán para el desarrollo de un país moderno. Constituye un cambio estructural en todo los aspectos de la vida nacional, desde el ámbito económico, penal, electoral, de derechos humanos y desde luego Constitucional. “Se trata de una reforma histórica por diversos conceptos. Revisa cuestiones sobresalientes del sistema constitucional en materia de seguridad y justicia. Para ello introduce cambios –de mayor cuantía, generalmente- en diez preceptos constitucionales.”¹

La modificación, se argumenta, obedece a la existencia de un sistema penal y de seguridad pública que ya no daba respuestas satisfactorias a la población, un sistema en crisis con falta de confiabilidad tanto en las personas que lo ejercen, así como en la forma y naturaleza propia del sistema. Se convirtió la ineficiencia del sistema, en un reclamo popular y generalizado. “Partamos de una certeza: el sistema penal mexicano está en completa bancarrota.

¹ García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, p. XI

*Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Magistrado en Materia Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado.

Ninguno de sus principales actores puede estar satisfecho con su funcionamiento actual; Todas las estadísticas disponibles nos permiten concluir que el proceso penal mexicano hace agua por todos lados: a) no sirve para atrapar a los delincuentes más peligrosos; b) permite la existencia de un altísimo nivel de impunidad y corrupción; c) no asegura los derechos fundamentales ni de las víctimas, ni de acusados ; d) no establece incentivos para una investigación profesional del delito; y e) es sumamente costoso si se toman en cuenta sus pobres resultados.”²

En palabras de Gerardo García Silva, se refiere así:

“Un sistema de seguridad pública ineficiente, reactivo...sin capacitación adecuada, sin dignificación y sin un servicio de carrera que le permita aspirar a un desarrollo profesional (...) un sistema de procuración de justicia burocratizado, asfixiado por un modelo de investigación anacrónico, sin un perfil adecuado para el desarrollo de la función ministerial, que no cuenta con incentivos para su capacitación y profesionalización, con altos grados de responsabilidad y estrés y con una remuneración baja...y un sistema de impartición de justicia sujeto a muchas presiones que intentan influir en su labor, además de no contar con los recursos suficiente para poder hacer realidad la aspiración constitucional de una justicia pronta y expedita”³

No se puede soslayar la realidad del país respecto al sistema penal y sus operadores, efectivamente hay una percepción negativa respecto al sistema penal y en especial al llamado procedimiento inquisitivo mixto, si bien esta apreciación deriva de la excesiva duración de los procesos y su burocratización, la corrupción

² Carbbonell Miguel y Ochoa Enrique, *Que son y para qué sirven los Juicios Orales*, México, ed. Porrúa- Unam, 2008, pp. 2 - 3

³ García Silva, Gerardo, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal*. México, Porrúa , 2010, pp. 7 - 8.

prevalente y sistemática en el sistema, las dificultades para el acceso a la justicia y una inseguridad prevaleciente, han sido motivos para realizar un cambio paradigmático. Definitivamente la reforma cambió la manera de investigar y sancionar los delitos, se migró de un sistema inquisitivo mixto a otro acusatorio y adversarial, *-nos dicen-*, más garantista y eficiente, que para los ciudadanos y operadores jurídicos representa un nuevo paradigma. A continuación nuestra reflexión del tema.

1.1. Génesis de la Reforma. Economía, Globalización y Derecho

Es importante apuntar que independientemente de la validez de las razones arriba apuntadas, existen otras que motivaron el cambio estructural en el sistema constitucional en materia de seguridad y justicia.

En efecto, destaca una corriente globalizadora en donde se hace necesario para un país, el “*participar*” en la dinámica que se da entre los actores mundiales y realice adecuaciones estructurales en los aspectos democráticos, de derechos humanos, desarrollo económico y en general “*modernización del Estado*”, pero estas reformas van acompañadas necesariamente de una modificación también al sistema jurídico constitucional, penal y de seguridad pública entre otros. Y en este aspecto ha sido preponderante el interés de organismos internacionales en impulsar estas reformas.

Mauricio Duce y Cristian Riego al comentar la Evolución del proceso Penal en Chile, señalan “Existen una serie de fuerzas a nivel mundial y regional que conducen a los diferentes sistemas legales hacia su convergencia, como por ejemplo los procesos de integración económica y el creciente rol jugado por los derechos humanos...otro elemento que debe de considerarse en este proceso regional es la intervención de distintos agentes internacionales

que han colaborado de muy distintas maneras en la formulación e implementación de los proyectos de reforma. Diversas son las agencias internacionales que han intervenido.”⁴

En ese mismo sentido, Jesús Zamora Pierce expresa después de hacer una breve reseña histórica, que “quedaría incompleto si no mencionara la intervención de la agencia de Estados Unidos para el desarrollo internacional (USAID por sus siglas en inglés) la cual se convirtió en padrino, asesor e impulsor de las reformas”⁵

Por su parte, Luis Flavio Gómez, al referirse al derecho Penal de la Globalización no dice: “que las principales tendencias político criminal son Globalización de la política criminal –tendencia a uniformar las directrices político criminales- se habla así de la armonización de las legislaciones, de necesidad de enfrentar delitos que perturban el orden internacional, de criminalidad transnacional, Globalización de la cooperación policial y judicial y en otro aspecto la descriminización de los crímenes antiglobalización.”⁶

Incluso distinguidos autores consideran, que son los Estados Unidos de Norteamérica quien preponderantemente ha influido en dictar las agendas jurídicas de los países llamados de la periferia, como una forma de intervenir en su ámbito constitucional y legal -y concretamente en el ámbito Penal y de Seguridad pública- promoviendo las instituciones de este país. Con relación a esto Jesús Zamora Pierce, nos dice:

“Análisis neorrealistas de las relaciones internacionales y análisis de elección racional en el derecho internacional, señalan que los Estados centrales pueden imponer leyes, normas y políticas públicas sobre otros Estados mediante la fuerza, las amenazas

⁴Duce J Mauricio y Riego R Cristian, *Nuevo proceso penal. Evolución histórica del Proceso Penal en Chile*. Chile, Editorial Lexis Nexis, 2000. P. 19 - 20.

⁵Zamora Pierce, *Juicio Oral. Utopía y Realidad*, México, Porrúa, 2012, pp. 2 - 3.

⁶Riquet Marcelo A. *“Crisis Penal”*, Buenos Aires Argentina, Editorial Ediar, 2007, pp 56 - 57.

u otros incentivos para avanzar sus propios intereses materiales (...) en el caso de las reformas legales en América Latina, un gran número de críticos han argumentado que Estados Unidos ha impuesto sus propias instituciones sobre los países de América Latina mediante dichos mecanismos.”⁷

Sin embargo, independientemente de las razones de la búsqueda de distintas agencias o fundaciones, quienes promueven el cambio de sistema penal a uno acusatorio de corte adversarial. La realidad es que no se puede pretender señalar en forma simplificadora que se busca o se impone uno igual o similar al estadounidense, no solo porque por una parte tal sistema no es privativo de este país, por una parte, sino, porque además no se puede desconocer que este, es un sistema característico de los estados Democráticos de Derecho.

Al respecto Juan David Pastrana Berdejo y Hesbert Benavente Chorrres, nos dicen:

“Como primera matización, se debe señalar que el sistema acusatorio con tendencia adversarial no forma parte de la tradición europea continental, de la cual han surgido sistemas procesales como el acusatorio clásico, inquisitivo y acusatorio-garantistas. En efecto, el sistema adversarial, es extraído del procedimiento penal anglosajón.

En ese sentido, el proceso penal angloamericano es un procedimiento de partes (adversary system), en el que estas deciden sobre la forma de llevar a cabo la prueba, quedando la decisión de culpabilidad a manos del jurado (veredict), mientras que el juez profesional (bench) se limita, en su caso, a la fijación de la pena (sentence). La confesión de culpabilidad (“guilty plea”) permite, pues, pasar directamente a esa individualización punitiva.”⁸

⁷ Zamora Pierce, op cit, p. 3.

⁸ Pastrana B. Juan David y Benavente C. Hosbert, *El Juicio Oral Penal. Técnica y Estrategias de Litigación Oral*, 3er. ed., México, ed. Flores, 2011. p. 11.

Se puede afirmar que el origen de este sistema no es propiamente norteamericano, además, se advierte que, tal régimen prevalece en la mayoría de los estados democráticos modernos, y actualmente lo es en la mayoría del continente americano así como Europa, con diversos niveles de matices y semejanzas. Sin que la manifestación de que tal orientación jurídica pudiera provenir de algún país implique necesariamente una imposición.

Afirmamos lo anterior, porque no se debe confundir la relación de la Economía con el Derecho. En este sentido, el predominio de un país y sus instituciones jurídicas, tienen actualmente como características, una correlación entre el Derecho y la Economía; y por otra, y quizás más importante aún, este Sistema Jurídico y su Doctrina Económica –con algunas variables- se identifica con un estado democrático de Derecho, constituyendo así, una unión o binomio, que ha tenido mayormente éxito en muchos países, lo que explicaría como resultado natural -y no debe de extrañarnos- la importación de tal sistema al Estado Mexicano, quien ahora promueve esta y otras reformas estructurales para ese fin, por un lado, consolidando los derechos humanos y, por otro, estableciendo las bases del nuevo modelo económico de nación.

En consecuencia, más que considerar que existen imposiciones de un país a otros, es más natural establecer la gran influencia de la Economía en la globalización del Derecho, lo que trae como resultado una importación-exportación de sistemas jurídicos encaminados al desarrollo económico. De esta manera, podemos afirmar que el influjo de la economía en el derecho, nos explica la importación de tales sistemas jurídicos, que responden a factores propensos al desarrollo económico.

Por otra parte, es importante puntualizar como expresábamos que tal sistema es el prevaleciente en los Estados Democráticos y de

Derecho, en tanto el procedimiento inquisitivo es más propio y común en estados dictatoriales. En este sentido, Martínez Garmelo, nos expresa lo siguiente:

“Para algunos estudiosos de esta materia, incluyendo el Doctor Luis Paulino Mora y otros ilustres académicos, afirman que este sistema “es propio de regímenes despóticos, absolutistas y totalitarios, se relaciona con la Roma Imperial y el Derecho Canónico. En él los derechos de las partes en especial del imputado, estaban sobradamente disminuidos. Al juez se le erige amo del procedimiento, es la garantía de la imparcialidad y la búsqueda de la justicia; para lograrla se permite toda clase de excesos y aun la actuación de oficio. El pueblo se le margina de la administración de justicia, esta función es llevada a ejercicio propio de Magistrados que representan a dios, al Monarca o al Emperador, por lo que debe confiarse enteramente en ellos.

Los principios que le informan son casi diametralmente opuestos a los principios del sistema acusatorio. La oralidad, la publicidad y el contradictorio, no se avienen con este sistema y son sustituidos por la escritura, el secreto y la no contradicción. La búsqueda de la “verdad” se debe permitir no importa el procedimiento a utilizar si lo que interesa es perseguir a los infieles, no resulta indispensable que exista la denuncia de hecho, la simple delaciones suficiente, con ella se cubre la identidad de quien comunica al investigador el hecho y resulta necesario, se permite la actuación de oficio; de esa forma se garantiza que todo lo hecho sea investigado no importando que al sujeto al que se le atribuye la comisión de la acción, pueda o no tener conocimiento detallado sobre lo que se le acusa. Este sistema tiene claro contenido persecutorio, la investigación muchas veces se realiza a espaldas al imputado, el recibo de la prueba amerita intervención alguna de la defensa, el instructor – que como ya se dijo se constituye por ser la garantía de las partes – va dando a la investigación el giro que estima corresponde, como no intervienen las partes en el recibo de las probanzas, pero luego tendrán que referirse a ellas en sus alegatos previas a la resolución final, es indispensable asentar en actas el dicho de los testigos y el resultado de las pruebas recibidas, por ello la escritura sustituye a la oralidad.

El imputado no es un sujeto en el proceso, es su objeto. Por ello no resulta característica de este sistema el posibilitar el acceso al expediente, ni el pueblo puede constituirse en garante de justicia, de toda forma esta se administra en nombre de Dios, del Monarca o del Emperador. La publicidad no es indispensable, se constituye por el contrario en un estorbo. El secreto adquiere importancia pues permite al inquisidor investigar sin los obstáculos que pueda interponer la defensa, al amparo del secreto pudieron realizarse toda clase de excesos y aun legitimarse la tortura para arrancar la confesión, madre a su vez de todas las pruebas.”⁹

En consecuencia, este nuevo sistema está plenamente identificado con los estados de derecho comprometidos con la división de poderes, el pleno respeto a los derechos humanos, y a la dignidad de la persona humana. Sin que tal afirmación desconozca una dualidad dentro del plano internacional respecto a un derecho globalizador por una parte limitante jurídicamente hablando e incluso enfocado -en materia penal- a una expresión violenta y exacerbación del control social del estado, y por otra, un derecho penal garantista, y con un abierto compromiso por los principios y valores de justicia y legalidad, ambos eso sí, asociados al neoliberalismo y globalización.

En efecto, tal dualidad que se disputa en el ámbito internacional ha traído como consecuencia un uso semántico confuso de la globalización, por lo que se hace necesario precisar que el término Globalización se utiliza de distintas maneras, y al respecto refiere Pedro José Peñaloza y coautores, en un análisis crítico, nos hablan por una parte del concepto de globalización y por otra, realizan una severa crítica a esta, y que ya en líneas anteriores apuntamos. Nos dicen:

“Al hablar de globalización es imprescindible acudir a diferentes visiones. Una de ellas está referida su realidad, a su faceta

⁹ Martínez G. Jesús, *Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio y su Fase Procedimental Oral*, México, ed. Porrúa, 2011, pp. 117 - 119.

como fenómeno concreto y entendible, el cual se manifiesta de distintas maneras o en diversas dimensiones: a) económica, como liberalización del tráfico de mercancías, bienes y servicios; b) técnico-productiva, que se traduce en la implantación de nuevas tecnologías e internacionalización de la producción; c) político-estratégica, que consolida la victoria del modelo democrático liberal; d) ideológica-cultural, de la mano de la universalización de determinados modelos de valor, etc. Cuando hablamos de un fenómeno entendible no queremos decir con ello que la globalización sea un proceso de definición acabada: el avance vertiginoso de los acontecimientos no nos permite saber hacia dónde van todas estas trasformaciones, aunque algunas se hayan instalado en nuestra cotidianidad. Hirsh, por ejemplo, cuestiona su carácter de factum poniendo esta como una tendencia que puede ser reversible. El mismo relativismo globalizador es asumido por Bendesky cuando critica la tesis del “mundo sin fronteras” o el “fin de las geografías”. Para otros autores, en cambio, la globalización o mundialización constituye un nuevo orden mundial, sin posibilidad regresiva.

No obstante, la visión de la globalización que más nos interesa resaltar, dado a nuestro interés por los “juegos del lenguaje”, es la relacionada con el término neoliberal, cercana al mundo de la manipulación con fines ideológicos. Así, este concepto aparece en el tejido de prácticas discursivas con otras significaciones. El neoliberalismo se revela como un programa político que, al contar con la ayuda de una teoría económica, pretende legitimar su visión de la realidad. Esta va ganando terreno, mientras inconscientemente va invirtiendo sus estrategias con la apariencia de un orden natural. El neoliberalismo globalizador o la globalización neoliberal simula ser ley universal que responde naturalmente al devenir de los acontecimientos, o como postula Bourdieu: “tiene el poder de hacer advenir las realidades que pretende describir, según el principio de la profecía auto cumplida.

La globalización, proclamada como un proceso idílico, seduce a la población mundial con la esperanza de beneficiarla respetando sus peculiaridades y brindando nuevas posibilidades de información. Pretensión sin visos de realidad ya que el acceso es limitado y las oportunidades no son equitativas. Por otra parte, el proceso de globalización corre paralelo a distintos

intentos y realizaciones de modelos de integración regional que también muestran grandes paradojas e incoherencias. Una ligada a la dialéctica entre proteccionismo y liberalización; otra al doble rasero por el que se mide la apertura de fronteras capitales, servicios y mercancías mientras se cierra a la libre circulación de personas. Además, estas integraciones, preponderantemente económicas, se presentan permeadas por discursos de fraternidad entre los pueblos, de inclusión, que no tiene su correlato empírico. En el ámbito social queda excluido y regiones enteras marginadas”¹⁰

De tal manera, que existen dos visiones del mundo, y en este aspecto los tiempos para el Derecho se tornan difíciles con relación al cambio y camino a seguir, las grandes presiones políticas y económicas, influyen sobre el derecho y cuestionan propiamente a la figura tradicional del Estado Constitucional, todo esto ante el empoderamiento de la economía mundial. Los cambios estructurales en nuestro país obedecen precisamente a las tendencias económicas prevalecientes, se podría decir que nunca antes la economía mundial había ejercido más presión en los sistemas jurídicos de los países a tal grado que como consecuencia deriva ya en la crisis del estado. Se desconfía de los cambios jurídicos, se dan dos visiones distintas del efecto globalizador uno ligado a un feroz capitalismo así como a un neo imperialismo global y por otra tenemos una Globalización que proviene de la necesidad económica para el desarrollo de un país y que va acompañada por un compromiso ineludible con la democracia, los derechos humanos, la libertad y la justicia. “El momento que estamos viviendo en la actualidad se caracteriza por ser un tiempo de encrucijada, perplejidad e incertidumbre. El proceso Virulento de integración económica mundial que denominamos globalización irrumpe agresivamente transformando nuestros modelos de Estado, sociedades y ciudadanía. La crisis irreversible del Estado moderno

¹⁰Peñaloza, Pedro José y otros, *Globalización, Delito y exclusión Social*, México, INACIPE, 2010, pp. 16-17.

tradicional asoma bajo la pérdida de la soberanía y el grave deterioro del principio de legalidad como principio fundamental del estado de derecho. La primacía de la economía sobre la política y el crecimiento exponencial del mercado sobre la esfera pública cuestionan gravemente el modelo de Estado Constitucional.”¹¹

En este contexto, la modificación del sistema jurídico, tanto constitucional, político, económico e incluido el penal, se hacen necesarios ante esta corriente avasalladora. Lo que nos lleva a concluir que no son solo las deficiencias ya apuntadas del actual sistema penal y de seguridad las que hacen necesario un cambio de fondo en la estructura jurídica del país. Esta realidad no es nueva, se afirma lo anterior porque desde la firma del tratado de libre comercio se establecieron ciertas directrices, que abarcan aspectos constitucionales y legales. A decir de Lucio Alfonso Rubio Antelis, se explica así:

“El tratado de Libre Comercio firmado por el Estado Mexicano, impuso como deber ineludible a cargo de este último, la reestructuración de su marco constitucional y legal en diversos puntos estratégicos:

a) Tenencia de la tierra, que originó la reforma el artículo 27 y su Ley Reglamentaria, la Ley Agraria;

b) Hidrocarburos, fuentes de energía y reservas estratégicas, que actualmente se encuentran en proceso de modificación;

c) Productividad, trabajo y seguridad empresarial, en proceso de consulta, mediante un conjunto de proyectos de reformas a la constitución y Leyes laborales, auspiciados por cúpulas de poderosos entidades empresariales trasnacionales;

d) Sistema Jurídico, a afecto de homologar el proceso penal, civil y familiar al de los demás países firmantes que casualmente pertenecen a la familia anglosajona, es decir, al Common Law.”¹²

¹¹ Aguilera P., Rafael, *Teoría Política del Estado Constitucional*, México, ed., Porrúa, 2011, p 55.

¹² Rubio Antelis Lucio A. y Oliva Gómez Eduardo, *Oralidad, Derechos humanos y sistemas jurídicos en el Devenir de la Globalización*, México, ed., Flores, 2014 p. 101

De tal manera, que desde el tratado de libre comercio existía ya un compromiso de modificación jurídica, en el que la ley agraria, la ley laboral, la reforma energética y la homologación de los procesos penal, civil y familiar constituían un deber del estado Mexicano.

De igual forma, surge producto de la Globalización un nuevo constitucionalismo o neo constitucionalismo, en donde los principios universalmente aceptados, cambian desconfiadamente para convertirse a un derecho flexible adaptable, en donde el principio de legalidad entendido como supremacía de la ley, no tiene cabida en este sistema. “En la actualidad, estamos asistiendo a una revolución o cambio de paradigma en el mundo jurídico, un nuevo modelo surge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo y formalismo jurídico, se trata del neo constitucionalismo como nuevo modelo que interpreta el Derecho como conjunto consistente, sistemático y coherente de normas jurídicas, sino como conjunto flexible y armónico de principios, valores y reglas. Sin duda, esta corriente de pensamiento político-jurídica innovadora y revolucionaria introduce un nuevo concepto de Constitución ya no desde el modelo tradicional formal y normativo, sino desde una visión de denso contenido sustancial fundado en valores y principios ... El derecho, por tanto, que tradicionalmente se concebía como un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas se va convirtiendo en un conjunto normativo flexible adaptable y móvil en el cual la primicia de la argumentación e interpretación jurídica, la prioridad axiológica y deontológica va cobrando cada vez más fuerza y relevancia. En ese sentido, la ley deja de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho y comienza el síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista. *“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en el objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta”.* Si el positivismo fue

*el tiempo de la codificación napoleónica y el derecho codificado, el neo constitucionalismo constituye la teoría e ideología del Derecho decodificado, del derecho dúctil, libre y flexible enriquecido por la interpretación amplia de la Constitución”.*¹³

Consideramos que es el anhelo de toda sociedad, vivir en un estado democrático de Derecho, entendido esto como una nación bajo el imperio de la ley y un pleno respeto a los derechos de igualdad, libertad, seguridad jurídica y derechos fundamentales del ser humano.

En el siglo XX y ahora XXI ha sido común denominado la transición de la mayoría de las naciones hacia un cambio estructural en el sistema jurídico, comprometido con los principios ya citados. Es también denominador que el sistema económico imperante en la mayoría de estos países es el neoliberalismo, con algunas diferencias de grado y excepciones, en especial en Europa. La globalización no solo se limita a los aspectos económicos, sino además hay una tendencia a globalizar la cultura, la tecnología, el Derecho, la misma democracia, los partidos políticos, la seguridad pública y hasta el idioma inclusive. Pero resalta la subordinación, no de una nación hacia otra, sino, si se puede decir así, *-del Derecho a la Economía-*, se busca reglas jurídicas universales, claras, confianza en las instituciones, un sistema jurídico ágil y cambiante a las necesidades de desarrollo, y seguridad jurídica “El agente económico también buscará que las disposiciones legislativas y consuetudinarias del sistema jurídico, al igual que su jurisprudencia, sean extraordinariamente claras de entender para visualizar el alcance de su intervención, aunque para ello puede necesitar la ayuda de un experto que le de asesoría jurídica.

¹³ Aguilera Portales, Rafael E., Teoría Política del Estado Constitucional, México, ed., Porrúa, 2011, pp 58-59.

Al agente económico también le interesaría saber si hay o no confiabilidad del sistema frente a los particulares o si por el contrario desconfían de sus instituciones. Una total desconfianza en las instituciones y en el sistema jurídico puede provocar que las corridas de capitales que tanto han afectado a las economías emergentes en las últimas décadas del siglo XX.

Y el sistema jurídico ante estas demandas puede reaccionar de varias formas: Dándole primacía al derecho consuetudinario sobre el derecho escrito. Algunos especialistas señalan que el derecho consuetudinario es más dinámico y confiable que el derecho escrito. Lo dicen basados en la idea de que las reglas ineficientes son más cuestionadas que las eficientes. Además, agregan que los litigantes que se benefician con una regla eficiente invierten más en un pleito por persuadir al juzgado que los que están a favor de una regla ineficiente.

También se supone que el derecho consuetudinario caracteriza a los países con mayor desarrollo económico por que no tiene que estar cambiando de instituciones y ese cambio para los agentes económicos representa un costo económico, más allá de las razones de soberanía o de independencia que puedan argumentarse y que placen sobremanera a los países en vías de desarrollo” ..“Sin entrar al esquema del derecho consuetudinario pleno, el sistema jurídico puede establecer el recurso a formas alternativas de administración de justicia. Así, se puede dar prioridad a los llamados “jueces vecinales”, “jueces de paz” o “auxiliares de justicia”, dependiendo de si quieren resolver asuntos domésticos de arrendamiento, asuntos de custodia familiar o relativos a las comunidades indígenas y su coexistencia con la comunidad latina”.¹⁴

¹⁴ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, México, ed., Porrúa, 2001 pp.15 -17.

En consecuencia, las reformas a la estructura jurídica de nuestro país sin menoscabar las evidentes deficiencias que se dan en el sistema jurídico penal y de seguridad pública, como lo hemos evidenciado, obedecen a la corriente globalizadora que impera en las principales economías del mundo. Es precisamente la unión de Economía y Derecho la que da pauta para esta transformación jurídica que llega a modificar la Constitución Política de nuestro país. Vino a establecer un nuevo constitucionalismo que abarca prácticamente todos los aspectos del Derecho. Y que en una ironía del destino, ahora están en entredicho, con motivo de las recientes modificaciones en la política del nuevo gobierno de los Estados Unidos.

HACIA UNA NUEVA JUSTICIA LABORAL EN SEDE JUDICIAL "BREVES APUNTES"

Raúl Robles Caballero*

El pasado veinticuatro de febrero se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto mediante el cual se declararon reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Laboral.¹

La aludida modificación constitucional, entre otros aspectos, inicia un tránsito para pasar de un sistema de justicia laboral tripartita, como son las Juntas de Conciliación y Arbitraje (tanto a nivel federal, como en las entidades federativas), a un sistema de justicia conformado por tribunales laborales del Poder Judicial Federal y de los Poderes Judiciales Locales, como en su oportunidad será el caso en Tamaulipas.

Con base en lo anterior, cabe preguntarse ¿Por qué surge esta reforma? ¿Cuáles son los principales cambios que mandata?

¹ Artículo Único.- Se reforman el inciso d) de la fracción V del artículo 107; las fracciones XVIII, XIX, XX, XXI y el inciso b) de la fracción XXVII del artículo 123; se adicionan la fracción XXII Bis y el inciso c) a la fracción XXXI del Apartado A del artículo 123, y se elimina el último párrafo de la fracción XXXI del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Consejero de la Judicatura del Estado en la Comisión de Modernización, Servicios y Capacitación.

¿Qué se ocupa para materializarla? ¿Qué pasará con la justicia laboral en tanto se concreta la reforma?

En ese sentido, el presente documento tiene como finalidad responder esas preguntas y hacer algunos apuntes generales² sobre algunas implicaciones que esta modificación legislativa traerá consigo.

¿Por qué surge esta reforma?

Por cuestión de orden, debemos iniciar definiendo a la Justicia Laboral como el conjunto de instituciones en un país que se encargan de hacer cumplir las leyes en materia laboral, especialmente aquellas referentes a la contratación y el despido de trabajadores³.

Ahora bien, para contestar la primer interrogante, se considera necesario hacer una breve retrospectiva sobre cómo se originó este cambio constitucional.

Como un primer antecedente se debe señalar el ejercicio académico y ciudadano denominado “Diálogos por la justicia cotidiana”.

Así tenemos que, durante los meses de enero y febrero de 2015, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) organizó foros de consulta en materia de justicia cotidiana con juristas, académicos y representantes de la sociedad civil⁴.

²No podría ser de otra forma, dado que en este momento no se cuenta con mayores elementos legales o reglamentarios que permitan realizar un análisis detallado de la nueva estructura, organización y funcionamiento de la misma.

³Instituto Mexicano para la Competitividad. Qué es justicia laboral. Visible en: <http://imco.org.mx/justicia-laboral/wp-content/uploads/2014/03/JusticiaLaboral-1.pdf>

⁴Para mayor detalles sobre el particular, véanse los siguientes sitios: http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf y <https://www.gob.mx/justiciacotidiana>

El objetivo fue elaborar propuestas y recomendaciones para hacer más amplio, eficaz y equitativo el acceso a la justicia en México.

Se conformaron nueve mesas de trabajo con el objetivo de discutir e identificar las problemáticas que enfrenta la justicia cotidiana y, posteriormente, analizar las posibles soluciones para mejorar el acceso a la justicia.

Algunos de los temas fueron: Justicia civil y familiar; justicia laboral; marginación jurídica; asistencia jurídica temprana; justicia alternativa; organización y funcionamiento de los poderes judiciales; resolución del fondo del conflicto y amparo, entre otros.

Derivado de este proceso de consulta, el CIDE presentó un informe de resultados, el cual contenía un conjunto de propuestas y recomendaciones en materia de justicia cotidiana.

Por cuanto hace al tema de la justicia laboral, se plantearon aspectos específicos. El principal objetivo fue revisar el funcionamiento de las juntas de conciliación y arbitraje en aras de identificar cómo mejorar la impartición de justicia laboral.

El diagnóstico identificó como problemas y sus causas, al interior⁵ de los tribunales de Trabajo, los siguientes:

Los procesos actualmente son tardados, ineficientes, complicados y poco transparentes, incentivan la corrupción; presenta insuficiencia administrativa y de uso tecnológico; desorganización; mal uso de recursos; ausencia de diagnósticos; falta de incentivos a la productividad de los trabajadores; excesiva carga de trabajo;

⁵ Es importante hacer el apunte que también se detectaron elementos negativos "externos" que tiene que ver con los justiciables (trabajadores y litigantes), ejemplo: uso indebido de la conciliación; simulación de abandono de empleo para interpretarlo como despido; abuso del principio de oralidad; ofrecimiento excesivo de pruebas; por citar algunos.

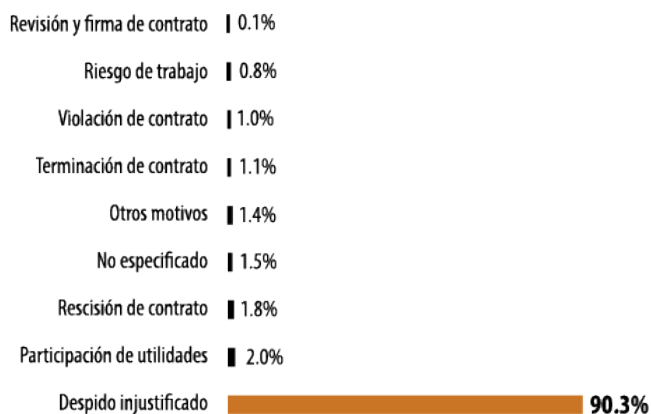
carencia de un órgano de inspección de su funcionamiento; retraso en la práctica de notificaciones y exhortos; dificultad en la ejecución de los laudos, normas obsoletas, violatorias de derechos e ineficaces; entre otros.

También se identificó que, no obstante que, en el año dos mil doce, se realizaron reformas y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, se publicó un nuevo Reglamento Interior, y se emitieron novedosos criterios de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, es evidente que ello fue insuficiente para erradicar los problemas señalados.

Vale abrir un paréntesis para señalar como dato importante que del año 1991 al 2012, poco más del 90% de los motivos de demanda están relacionados con despidos injustificados⁶, tal y como se observa en la siguiente gráfica:

⁶ IMCO. Por una mejor justicia laboral. Marzo 2004. P. 15. Además, se señala que la tendencia de reducción en los conflictos colectivos con respecto a los individuales es dramática. En 1991 se tenían 13.5 conflictos individuales por cada conflicto colectivo. En 2003, esa proporción era de 104 individuales por cada colectivo. En 2012, ya se alcanzaban los 233. Concluyendo que ello tiene implicaciones importantes para la definición de presupuestos y tamaño de las aún existentes Juntas de Conciliación y Arbitraje, tanto a nivel local como federal, y al ámbito de acción de la autoridad del trabajo en ambos niveles de gobierno. En el pasado, la proporción de conflictos individuales a colectivos indicaba que la autoridad tenía que prestarle mucha más atención a los sindicatos en sus gestiones. Hoy, las JCA deben dedicarle 20 veces más recursos que en el pasado a los conflictos individuales. Por este motivo, considero, que se debe dar un gran impulso a los mecanismos alternos de solución de conflictos, para evitar al máximo la "judicialización" de los conflictos laborales y con ello la saturación de los eventuales tribunales laborales en sede judicial.

**Gráfica 2. Motivos de conflictos individuales de trabajo
Promedio 1991-2012**

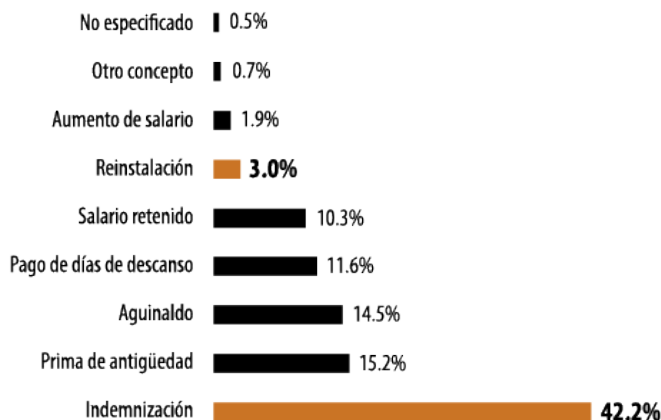


Fuente: Análisis IMCO con datos de INEGI, Estadísticas sobre relaciones laborales

Además que dentro del periodo señalado, el principal concepto reclamado en la demanda es el de indemnización con en 42.2 %, tal y como se muestra⁷:

⁷ Ídem. P13.

Gráfica 1. Conceptos reclamados en demandas laborales Promedio 1991-2012



Fuente: Análisis IMCO con datos de INEGI, Estadísticas sobre relaciones laborales

Cerramos paréntesis.

Como segundo antecedente ubicamos la iniciativa de reforma⁸ presentada en la Cámara de Senadores el día veintiocho de abril del año próximo pasado.

Algunos de los elementos que sirvieron como sustento en la exposición de motivos de dicha iniciativa, son los siguientes:

Se señaló que las expresiones de reivindicaciones políticas, económicas y sociales de la revolución mexicana dieron cabida a derechos fundamentales de carácter social que se plasmaron en los artículos 3, 27 y 123 constitucionales. Destacándose que, en el

⁸https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/87471/JUSTICIA_LABORAL__CONSTITUCIONAL_.pdf

ámbito laboral, ese pacto social constituye la génesis de la visión tripartita mexicana.

Se reconoció que el proceso de industrialización que inició después de esa etapa revolucionaria no se explica sino en la medida en que los trabajadores, los empresarios y el gobierno generan espacios de diálogo constructivo. Ello permitió puntos de encuentro y actuación entre los trabajadores y los empresarios, donde el gobierno actuó como impulsor de equilibrios sociales.

Se reflexionó que a cien años de promulgada la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de mil novecientos diecisiete, la sociedad mexicana no es la misma que la de hace un siglo. Las transiciones por las que ha discurrido nuestro devenir histórico, tales como: la demográfica, la de salud y la de la urbanización y los asentamientos humanos en las ciudades han dado un distinto perfil al país.

Se apuntó que a poco más de tres años de promulgada las últimas reformas y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, se observaron algunos resultados concretos, como fueron las nuevas modalidades de contratación flexibles; las relativas a potenciar la capacitación; el fortalecimiento de las facultades de vigilancia de la autoridad para el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el empleo; las medidas a favor de los menores de edad.

Se precisó que los cambios introducidos en la justicia laboral, y después del diagnóstico elaborado por el CIDE, permitió concluir que se requerían transformaciones cualitativas para que la justicia laboral cumpla su propósito. Reconociéndose que una de las más sentidas demandas de la sociedad mexicana es acceder a una justicia cercana, objetiva, imparcial y eficiente.

Se concluyó que, si bien es cierto, en México, en los últimos

años se realizaron importantes esfuerzos por modernizar las instituciones de impartición de justicia en el ámbito laboral, que han resultado en mejoras en materia de conciliación y en un ambiente de diálogo y equilibrio entre los factores de la producción, también lo es que aquéllas se han mantenido prácticamente intactas en su estructura y procesos, desde su fundación a fines de la década de mil novecientos veinte. Por ende, la justicia laboral presenta problemas en su funcionamiento, pues sus instituciones y procesos fueron creados en una condición histórica que contrasta abismalmente con la que actualmente se vive. Además, se consideró necesario revalorar de manera imperiosa la autonomía y las formas de integración tripartita de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

En suma la iniciativa fue dirigida a acabar con todo espacio susceptible de prohijar inercias, vicios y prácticas que durante el desarrollo de un conflicto laboral dan lugar a la incertidumbre jurídica⁹.

Con estos antecedentes (diagnóstico del CIDE, exposición de motivos de la iniciativa, y su correspondiente dictamen) se arriba a la conclusión que esta reforma a los artículos 107 y 123, es la más importante en la materia desde la promulgación de la Constitución General. Al tiempo que busca eliminar todo elemento que convierta a la justicia laboral en lenta, costosa, de difícil acceso y cuestionable; así como combatir la parcialidad, simulación, discrecionalidad y opacidad. Pues busca transformar las instituciones y construir nuevas políticas públicas integrales y consensuadas, con base en los principios de legalidad, imparcialidad, equidad, transparencia, eficacia, certeza, independencia, objetividad, profesionalismo, publicidad, confiabilidad y autonomía. Y así contribuir a asegurar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁹ Referencias en el mismo sentido se plasmaron en el Dictamen elaborado por la Comisión de Puntos Constitucionales del Senado de la República, véase la siguiente dirección electrónica: http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JCL_dictamen.pdf

2. ¿Cuáles son los principales cambios que mandata la reforma?¹⁰

La justicia laboral será impartida, en lo sucesivo, por órganos del Poder Judicial Federal o de los Poderes Judiciales Locales, según corresponda. Éstos asumirán las tareas que a la fecha han realizado la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y las Juntas Locales;

La conciliación será una instancia prejudicial a la cual los trabajadores y patrones deberán acudir.

Esta encomienda será realizada por novedosos órganos que habrán de crearse. A nivel federal estará a cargo de un organismo público descentralizado y, a nivel local, serán los centros de conciliación especializados e imparciales, dotados con personalidad jurídica y patrimonio propios, con autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión.

Con esta división de tareas se pretende que los nuevos tribunales laborales de los poderes judiciales concentren únicamente su atención en la nueva competencia jurisdiccional laboral.

Se establece que el procedimiento de conciliación conste de una sola audiencia obligatoria con fecha y hora debidamente fijada de manera expedita y, de ser el caso, las subsecuentes sólo se realizarán con el acuerdo de las partes.

Se modifican las competencias entre las autoridades federal y locales.

Ahora el registro de las organizaciones sindicales y de los contratos colectivos de trabajo será únicamente de competencia

¹⁰ Ídem

federal, a cargo del organismo público descentralizado que a su vez tendrá la función de la conciliación en ese ámbito.

Se garantiza la libertad de negociación colectiva y la expresión personal, libre secreta de la voluntad de los trabajadores para la elección de sus dirigentes, su participación en los procesos de suscripción y registro de contratos colectivos de trabajo y la resolución de conflictos entre sindicatos.

3. ¿Qué se ocupa para materializar la reforma?

Sobre este particular, se toma como punto de partida lo establecido en el régimen transitorio del Decreto. Por ende, en primer lugar, se destaca que la reforma ya entró en vigor al día siguiente de su publicación, que lo fue el pasado veinticuatro de febrero. Por tanto, se requiere, de inicio, realizar las siguientes acciones:

Adecuaciones legislativas: El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades deben armonizar las normas, y en su caso emitir las que se requieran,¹¹ esto dentro del año siguiente a la entrada en vigor del Decreto. Es decir, que dichas acciones legislativas, federal y locales, deben concluirse en el lapso del año que está transcurriendo.

Este punto es fundamental para esbozar con mayor precisión

¹¹ Se puede señalar a guisa de ejemplo, reformar la Ley Federal del Trabajo (suprimiendo únicamente los capítulos relativos a los procedimientos y la autoridad encargada de resolver los asuntos laborales, y dejando salvados los apartados que comprenden los derechos sustantivos), la creación de una nueva legislación procesal nacional en materia laboral, las adecuaciones en las constituciones de los estados, las leyes orgánicas de la administración pública de los estados, las leyes orgánicas de los poderes judiciales federal y locales, entre otras. Sobre el tema de la creación del nuevo diseño normativo se ha pronunciado la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, a través de la destacada Doctora Ángela Quiroga Quiroga, titular de la Unidad de Enlace de la Reforma de Justicia Laboral, creada por la referida Secretaría, véase la siguiente liga electrónica: <http://www.gob.mx/stps/prensa/crea-stps-unidad-especial-para-transicion-de-juntas-de-conciliacion-y-arbitraje?idiom=es>

los requerimientos específicos para materializar la reforma, pues el texto constitucional solamente establece las bases y directrices del nuevo diseño de impartición de justicia laboral, de las autoridades de conciliación que habrán de conocer ahora de esta etapa, de la competencia en materia de registro de contratos colectivos y de las organizaciones sindicales, así como de los derechos de los trabajadores como el de la participación dentro de los procesos propios de las agrupaciones colectivas.

Propuesta de designación de quién será el titular del organismo descentralizado que se encargará de atender la conciliación a nivel federal y los asuntos relacionados con el registro de contratos colectivos de trabajo y organizaciones sindicales. Para lo cual, en el mismo plazo señalado de un año, se debe presentar por parte del titular del Ejecutivo Federal al Senado de la República una terna de candidatos.

Es relevante señalar que, aunque no se precisó nada al respecto, se considera que debe realizarse lo propio en las entidades, es decir, realizar en ese mismo plazo las propuestas a las legislaturas sobre la designación de los titulares de los centros de conciliación¹².

Aspectos prácticos: Para iniciar un ejercicio de planeación, se requiere, de inicio, un diagnóstico sobre la dinámica de los asuntos laborales (de conciliación como de procesos jurisdiccionales ante las actuales juntas) tanto a nivel federal como en cada entidad federativa. Asimismo, se debe conocer la actual estructura orgánica con que se atiende esta materia. Lo cual permitirá realizar previsiones presupuestales tanto para el inicio de funciones, como para el gasto corriente de operación, como son recursos materiales y percepciones salariales de los nuevos impartidores de justicia laboral.

¹² Siempre y cuando se opte por establecer ese mecanismo de designación de los titulares de los centros de conciliación a nivel local, pues evidentemente se dejó a cada entidad la libertad de establecer la forma particular de su designación.

Contar con esa información permitirá plantear con mayor aproximación aspectos como por ejemplo: el número de tribunales laborales (federales y locales), así como su ubicación y competencia territorial por circunscripciones, regiones o distritos, según sea el caso. Para estos efectos se requerirá, sin dudas, una ampliación en el presupuesto de cada Poder Judicial.

Capacitación. Iniciar actividades académicas de capacitación en materia de derecho laboral, al menos en los aspectos teóricos de derechos del trabajo. Recordemos que la reforma sólo sustituye a las autoridades encargadas de resolver las diferencias entre patrón y trabajador, y por consiguiente, el procedimiento que habrán de aplicarse en los juicios, no así lo relacionado con la parte sustantiva de la materia laboral, pues el artículo 123 constitucional, por cuanto hace a ese apartado, no fue objeto de modificación alguna. En este punto se considera oportuno emitir convocatorias públicas para que acudan quienes deseen participar¹³ en estas capacitaciones cuyo resultado permitirá contar con personas formadas con los perfiles que, en su oportunidad, habrán de requerirse, y una vez evaluados puedan, eventualmente, integrar los tribunales laborales en sede judicial.

4. ¿Qué pasará con la justicia laboral en tanto se concreta la reforma?

El régimen transitorio prevé¹⁴ las medidas que se deberán adoptar en tanto se constituyen e inician a operar los tribunales

¹³ Estando en posibilidades, desde luego, de participar los actuales servidores públicos que conforman las juntas de conciliación y arbitraje en los fueros federal y local, que cuenten con el perfil que habrá de requerirse.

¹⁴ A mayor abundamiento véase a partir de la página siete de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional:

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/87471/JUSTICIA_LABORAL__CONSTITUCIONAL_.pdf.

laborales, los centros de conciliación y el organismo descentralizado federal¹⁵, al tenor siguiente:

Las actuales autoridades de la materia (Juntas de Conciliación y Arbitraje, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o las autoridades locales), según corresponda, continuarán atendiendo las diferencias entre el patrón y el trabajador, al tiempo que seguirán conociendo sobre el registro de los contratos colectivos de trabajo y de organizaciones sindicales.

Los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, continuarán conociendo de los amparos interpuestos en contra de laudos emitidos por las aún existentes Juntas de Conciliación y Arbitraje. Sin embargo, una vez instituidos los tribunales judiciales en materia laboral, los tribunales colegiados conocerán de los amparos que se interpongan contra las resoluciones de los nuevos órganos de justicia laboral.

Todo asunto que estuviere en trámite al momento de iniciar sus funciones los tribunales laborales, los centros de conciliación y el organismo descentralizado federal, serán resueltos de conformidad con las disposiciones aplicables al momento de su inicio.

Las autoridades competentes deberán transferir los procedimientos, expedientes y documentación que tengan bajo su atención o resguardo a las nuevas instancias que se encargarán de resolver las diferencias y conflictos entre trabajadores y patrones, así como al organismo que llevará la atención de los asuntos relacionados con el registro de contratos colectivos de trabajo y organizaciones sindicales¹⁶.

¹⁵ Cabe señalar que no se observa en el texto de las disposiciones transitorias de la reforma constitucional, al menos de forma clara, un plazo específico para la constitución y puesta en marcha de dichas instituciones, por lo que se considera que seguramente al modificar y en su caso emitir nuevas leyes reglamentarias se precisará tal situación.

¹⁶ Este apartado del régimen transitorio queda un poco ambiguo dado que, por una parte se señala que se van a transferir los procedimientos, expedientes y documentación a

Se mandata que se habrán de respetar conforme a la ley, los derechos de los trabajadores que actualmente tienen a su cargo la atención de las diferencias o conflictos entre capital y trabajo y sobre el registro de los contratos colectivos de trabajo y de organizaciones sindicales¹⁷.

Concluyendo, sin lugar a dudas, con la reforma constitucional a los artículos 107 y 123 se da un gran paso en la búsqueda de dotar a la ciudadanía de mejores instituciones tanto de conciliación, como de impartición de justicia laboral.

Se observó que esta acción legislativa se sustentó, entre otros elementos, en un ejercicio académico y ciudadano cuyo principal objetivo¹⁸ fue revisar el funcionamiento de las juntas de conciliación y arbitraje en aras de identificar cómo mejorar la impartición de justicia laboral. Lo anterior permitió contar con un las nuevas instancias, (incluido aquí los tribunales laborales en sede judicial) y por otro, en párrafo inmediato anterior se señaló que los asuntos que estuvieren en trámite al momento de iniciar sus funciones serán resueltos de conformidad con las disposiciones aplicables al momento de su inicio. Luego entonces, si las disposiciones que aplicaban cuando fue iniciado el procedimiento laboral contemplaba la impartición de justicia laboral “tripartita”, no sería compatible que esos asuntos los concluyera una autoridad sustantivamente diversa a la que inicialmente los estaba conociendo, por lo cual es dable pensar que durante un tiempo cohabitarían paralelamente ambos sistemas (juntas de conciliación y jueces laborales) y las juntas de conciliación dejarían de existir hasta que se concluyan los asuntos que se encuentren en trámite ante éstas. Algo similar a lo que actualmente sucede con el sistema penal acusatorio y los juzgados del sistema tradicional en materia penal.

¹⁷ Este aspecto es de la mayor relevancia, pues habrá que conocer cuál será la interpretación que a nivel nacional se dará a la disposición transitoria en este punto que refiere que “se respetarán los derechos de los trabajadores que actualmente laboran en las Juntas”, pues personalmente considero que no se debe entender que per se, o en automático pasarán a formar parte de los poderes judiciales, ya que es de todos conocido que los Poderes Judiciales tanto federal como locales cuentan con sus propios procedimientos de ingreso, para jueces, secretarios, y demás personal judicial, mediante la aplicación de diversas evaluaciones. No obstante, seguramente se habrá de aprovechar la experiencia adquirida por quienes imparten justicia laboral en el actual modelo y quienes participan en la conciliación. Ya sea incorporándolos a los nuevos organismos públicos de conciliación dependientes de los ejecutivos federal y locales que habrán de crearse, como participando en los procedimientos de selección de personal judicial que los poderes judiciales tengan a bien diseñar e implementar.

¹⁸ En este tema en particular.

diagnóstico que mostró graves debilidades, internas y externas, en la forma en que actualmente se desahogan los procedimientos jurisdiccionales laborales.

Algunos de estos aspectos fueron tomados y complementados, tanto en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma, como en los dictámenes correspondientes de las Cámaras del Congreso de la Unión, coincidiendo en que se requerían transformaciones cualitativas para que la justicia laboral cumpla su propósito; al tiempo que se reconoció que las instituciones de impartición de justicia en el ámbito laboral, aun y cuando han sido objeto de algunos cambios mediante adecuaciones legislativas, se han mantenido prácticamente incólumes en su estructura y procesos, desde su fundación, la cual se originó en condiciones históricas que contrasta con la que actualmente vivimos.

En síntesis, la reforma plantea cambios sustanciales, como son: La justicia laboral será impartida, por órganos del Poder Judicial Federal o de los poderes judiciales locales, sustituyendo a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y las Juntas locales; el proceso de conciliación estará a cargo de nuevos órganos, uno federal y los propios para cada una de las entidades federativas; el registro de las organizaciones sindicales y de los contratos colectivos de trabajo será únicamente competencia federal; se garantizan diversos derechos de los trabajadores, como los de la libertad de negociación colectiva y la expresión personal, libre secreta de su voluntad para la elección de sus dirigentes; la reforma ya entró en vigor, por ende, se requiere que el Congreso de la Unión y los congresos locales alineen, al nuevo régimen laboral constitucional, las normas secundarias y, de ser el caso, emitan las que se requieran; en lo atinente a los organismo de conciliación federal y locales, deben realizarse las propuestas de designación de sus titulares, dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la reforma.

Cabe señalar que, en este documento, se plantearon algunos apuntes sobre actividades que, consideramos, permitirán realizar ejercicios de planeación para la mejor implementación de los cambios señalados.

Por su parte, es una realidad que aún quedan asignaturas pendientes, tales como son la emisión de las leyes reglamentarias, que nos permitirán conocer aspectos específicos como por ejemplo, los procedimientos que en materia administrativa como jurisdiccional habrán de desarrollarse. Por lo tanto, esta materia, sin lugar a dudas, será objeto de posteriores análisis para poder, en su momento, evaluar mediante indicadores los resultados concretos que se alcancen y así constatar la eficacia de la nueva justicia laboral mexicana, la cual, busca como fin último asegurar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y por ende, considero, alentar la inversión de capitales para lograr un mayor desarrollo económico. Deseamos que así sea.

Maestro Raúl Robles Caballero

Consejero de la Judicatura del Poder Judicial del Estado
de Tamaulipas. Titular de la Comisión de Modernización, Servicios
y Capacitación.
Marzo de dos mil diecisiete.

Bibliografía y referencias:

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017
http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf
<https://www.gob.mx/justiciacotidiana>
https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/87471/JUSTICIA_LABORAL__CONSTITUCIONAL_.pdf
http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JCL_dictamen.pdf
<http://www.gob.mx/stps/prensa/crea-stps-unidad-especial-para-transicion-de-juntas-de-conciliacion-y-arbitraje?idiom=es>
<http://imco.org.mx/justicia-laboral/que-es-justicia-laboral/>
<http://imco.org.mx/justicia-laboral/wp-content/uploads/2014/03/JusticiaLaboral-1.pdf>

DETECCIÓN Y CONTROL DE DISCREPANCIAS FISCALES POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

María Angélica Nava Rodríguez*

SUMARIO:- Resumen, Palabras clave, Abstract, Keys words, Introducción, La Discrepancia Fiscal: Concepto, Procedimiento de Comprobación, Definición de Erogaciones, Antecedentes (adiciones y reformas) en 1981 y derogación en 1983, Delito Equiparable a Defraudación Fiscal a partir de 1992, Adición en 2001 penúltimo párrafo y reforma del último párrafo del Artículo 75 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, De 2002 a la fecha Adición y Reforma al artículo 107 de la Nueva Ley del Impuesto Sobre la Renta, Conclusiones, Bibliografía

RESUMEN

La Discrepancia Fiscal se introdujo por primera vez en nuestro sistema jurídico cuando el país se encontraba comprometido con una deuda pública externa cuantiosa, seguramente en cumplimiento a “recomendaciones” de nuestros acreedores internacionales.

La discrepancia fiscal es la diferencia que se origina cuando un contribuyente durante un año calendario realiza gastos e inversiones mayores comparadas con los ingresos declarados para efectos del pago de impuestos; constituye el eje principal por el cual las autoridades realizarán acciones de fiscalización a diversos sectores

*Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Catedrática e investigadora de la misma institución.

de contribuyentes y no contribuyentes, aplicando el procedimiento previsto en el artículo 107 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Este precepto se ubica dentro del Título IV de las personas físicas en las “disposiciones generales”, puesto que las personas morales nunca tendrán problemas de discrepancia fiscal ya que, los que gastan el dinero son los accionistas (personas físicas) de las sociedades, quienes incurrir en discrepancia fiscal.

PALABRAS CLAVE: DISCREPANCIA, DEFRAUDACIÓN, FISCALIZACIÓN

ABSTRACT

The tax discrepancy was introduced for the first time in our legal system when the country was already committed to an external public debt substantial, probably in compliance to “recommendations” of our international creditors. The tax gap is the difference that originates when a taxpayer during a calendar year expenses e investment higher compared with the income declared for the purposes of the payment of its taxes; it constitutes the main axis for which the authorities shall carry out inspection actions to various sectors of contributors and non-contributors, applying the procedure laid down in article 107 of the income tax act.

This precept is located within Title IV of individuals “general provisions”, as moral people will never tax wedge issues because, those who spend the money are the shareholders (individuals) of the companies who incur tax wedge.

KEY WORDS: DISCREPANCY, FRAUD, DRUG CONTROL.

INTRODUCCIÓN

Los actos de fiscalización que realiza la autoridad administrativa a través de las visitas domiciliarias, se traducen en actos de molestia a los particulares, esta actividad fiscalizadora se puede realizar tanto en el domicilio de los contribuyentes como a través de revisiones de toda clase en los lugares de producción.; el procedimiento de fiscalización deberá estar debidamente fundado y motivado según lo ordenado por el art 16 constitucional.

Se debe tener presente que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos faculta a las autoridades administrativas a practicar visitas domiciliarias y exigir la exhibición de libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

Relacionando el artículo constitucional en comento con el artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, se deduce la permisión a la autoridad fiscal para que realice diligencias tendientes a la revisión de la actividad del contribuyente, su contabilidad, bienes y mercancías.

Si de la revisión que la autoridad fiscal ejecuta llegara a detectar discrepancia entre los ingresos y las erogaciones, presumirá que hubo contribuciones omitidas; por tanto, el contribuyente para demostrar el origen de la discrepancia, quedará sujeto al procedimiento previsto por el artículo 107 de la Ley del impuesto sobre la renta (LISR),¹ y de no probar documentalmente el origen de la discrepancia, la autoridad podrá determinar la existencia de ingreso gravable por el importe de esa discrepancia y fijar en su contra una liquidación.

Sánchez Miranda expresa en su obra Aplicación Práctica del Código Fiscal 2008, que éste es un ordenamiento jurídico rector

¹Fisco agenda, LISR, México, Editorial ISEF, 2011, pp.192-193.

de los procedimientos fiscales federales en el que se establecen los requisitos formales y de procedimiento que deben cumplirse en el desarrollo de una visita domiciliaria, los cuales tienen su fundamento en el artículo 16 Constitucional.²

LA DISCREPANCIA FISCAL

Concepto

En un concepto amplio la discrepancia es la diferencia o desigualdad que resulta de la comparación de las cosas entre sí. En la materia fiscal, discrepancia fiscal es la diferencia que hay entre los ingresos manifestados por el contribuyente en su declaración y las erogaciones conocidas por la autoridad fiscal por medio de la información obtenida de terceros o del propio contribuyente.

El Art. 107 de la LISR vigente por su parte señala que hay presunción de ingresos:

Cuando una persona física, aun cuando no esté inscrita en el Registro Federal de Contribuyentes, realice en un año de calendario erogaciones superiores a los ingresos que hubiere declarado en ese mismo año, se está ante la presencia de una discrepancia fiscal.

Lo anterior en principio permite presumir a las autoridades fiscales que la persona que se encuentre en este supuesto, obtuvo ingresos que no declaró y fueron utilizados para solventar sus erogaciones.

² Sánchez, A, *Aplicación práctica del Código Fiscal de la Federación*, Revista PAF, edición 2008, México, p. 24.

Procedimiento de comprobación

Las autoridades estarán obligadas a realizar el siguiente procedimiento con el fin de comprobar la discrepancia fiscal del contribuyente, por tanto:

- I. Comprobarán el monto de las erogaciones y la discrepancia con los ingresos declarados por el contribuyente, debiendo dar a conocer a éste el resultado de dicha comprobación.
- II. El contribuyente, en un plazo de quince días, informará por escrito a las autoridades fiscales las razones que tuviera para inconformarse o el origen que explique la discrepancia y ofrecerá las pruebas que estime convenientes, las que acompañará a su escrito o rendirá a más tardar dentro de los veinte días siguientes. En ningún caso los plazos para presentar el escrito y las pruebas señaladas excederán, en su conjunto de treinta y cinco días.
- III. Si no se formula inconformidad o no se prueba el origen de la discrepancia, ésta se estimará ingreso de los señalados en el Capítulo IX de este Título en el año de que se trate y se formulará la liquidación respectiva.³

Hasta aquí es claro que para que opere la discrepancia y se pueda activar un procedimiento a cargo de la persona física, se deben actualizar los siguientes supuestos:

1. Tener erogaciones en un año de calendarios
2. Que las erogaciones sean superiores a los ingresos declarados.

³ Ley del ISR, Artículo 107, Fracciones I, II, III. Fisco agenda, México, Editorial ISEF, 2011, p. 193

Para que quede perfectamente entendible cuándo se actualiza una discrepancia, es necesario determinar el alcance y el significado de los conceptos de erogaciones e ingresos declarados.

La Ley del Impuesto sobre la Renta considera como erogaciones a los gastos, las adquisiciones de bienes y los depósitos en cuentas bancarias o en inversiones financieras.

Como se puede observar para efectos de determinar la discrepancia fiscal de las personas físicas se incluye como erogaciones además de los gastos y la adquisición de bienes a los depósitos en cuentas bancarias o en inversiones financieras.

Para una mejor comprensión se definen cada uno de los conceptos considerados como erogaciones.

Definición de erogaciones

Gasto Público. Se constituye por las erogaciones generalmente en dinero que realiza el Estado en ejercicio de sus funciones, es la tercera fase de la actividad financiera del estado y se realiza con la previa autorización del poder legislativo a través del presupuesto de egresos.⁴ Conforme al carácter multidisciplinario del gasto público, Giuliani da la siguiente definición: “es toda erogación generalmente en dinero, que incide sobre las finanzas del estado y se destina al cumplimiento de fines administrativos económico-sociales”.⁵

En este caso el dinero que es erogado, sale del patrimonio del particular y como consecuencia de esta acción, se pierde el ámbito de su disponibilidad. Por ejemplo cuando contratamos

⁴ Martínez Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 2º. curso*, cuarta edición, México, Oxford, 2005, p. 59.

⁵ Giuliani Fonrouge, Carlos M., *Derecho Financiero*, vols. I y III, 3ª. Ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, citado por Martínez Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 2º. curso*, cuarta edición, México, Oxford, 2005, p. 59.

un profesional, cuando arrendamos un bien, pagamos servicios públicos, etc.

Adquisición de bienes. En este sentido gastamos para adquirir bienes; sin embargo la diferencia entre este acto y el gasto genérico es que, en el primer caso la erogación del dinero se transforma en una bien ya sea mueble o inmueble generando con ello patrimonio, y en la acción de gastar, el patrimonio se pierde.

Depósitos en cuentas bancarias o inversiones financieras. En este caso no estamos ante un gasto o una adquisición de un bien, sino ante un acto jurídico o contrato de depósito regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)⁶ y en las Leyes que regulan la operación del sistema financiero, tales como las instituciones de crédito.⁷

En el depósito de una suma determinada de dinero se procede a transferir la propiedad del dinero al depositario o deudor (La Institución Financiera), constituyéndose en este acto relación deudor/acreador, como consecuencia el deudor se obliga a restituir la suma depositada con o sin interés.

Es necesario aclarar que las erogaciones para efectos de determinar la discrepancia fiscal, en una persona física, se considerarán aun cuando no cumplan con requisitos fiscales y estén o no declaradas. Otro punto trascendente es el hecho de que los depósitos en cuentas bancarias se asimilan a una erogación para estos propósitos.

Se debe considerar que si una persona obtiene un ingreso y

⁶ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el monto total de las erogaciones realizadas por una persona dentro de un ejercicio fiscal, es con el fin de conocer su capacidad Económica.

⁷ www.alvarezcarmona.com/boletines/PDF_topico/discrepancia.pdf

lo deposita íntegramente, en principio debió declararlo aun cuando esté exento, esto daría como resultado que para efectos de medir si esta persona está ante una discrepancia fiscal, que la autoridad comparará las erogaciones, es decir, el monto del depósito contra el ingreso declarado que para este caso coincide con el monto de las erogaciones (depósitos), por lo que no resultaría discrepancia.⁸

Por el contrario, en el supuesto, que dichos Ingresos no hubieran sido declarados, lógicamente las erogaciones efectuadas serán superiores a los ingresos declarados, en este caso, la persona física de que se trate, sí presenta discrepancia fiscal.

Por lo anterior tanto los depósitos bancarios como las inversiones financieras forman parte de las erogaciones sujetas a discrepancia fiscal.

Antecedentes de la Discrepancia Fiscal

El 1º de enero de 1980 entró en vigor el segundo párrafo del artículo 48 de la Ley del Impuesto sobre Renta del 30 la de diciembre de 1978, y por primera vez se detectó la Discrepancia Fiscal al establecerse lo siguiente:⁹

“Cuando una persona física realice en un año de calendario erogaciones superiores a los ingresos que hubiera declarado en ese mismo año, las autoridades fiscales procederán como sigue:

I.-Comprobarán el monto de las erogaciones y la discrepancia con la declaración del contribuyente y darán a conocer a éste el resultado de dicha comprobación.

⁸ www.alvarezcarmona.com/boletines/PDF_topico/discrepancia.pdf

⁹ LISR, México, diciembre de 1978.

II.-El contribuyente en un plazo de veinte días, informará por escrito a la autoridad fiscal las razones que tuviera para inconformarse o el origen que explique la discrepancia y ofrecerá pruebas que estimare convenientes, las que acompañará con su escrito o rendirá a más tardar dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

III.- Si no se formula inconformidad o no se prueba el origen de la discrepancia, ésta se estimará ingresos de los señalados en el Capítulo IX de este Título en el año de que se trate y se formulará la liquidación respectiva.

IV.-Las discrepancias que resulten de la aplicación de este precepto, no serán consideradas como constitutivas del delito de defraudación fiscal”.¹⁰

Adición a partir de 1981 y derogación en 1983

El 1º. de enero de 1981 entró en vigor una nueva Ley del Impuesto Sobre la Renta que abrogó a la anterior del 30 de diciembre de 1964.

La disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 48 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta del 30 de diciembre de 1964, se incluyó en el artículo 75 de la nueva Ley del ISR, sustancialmente en los mismos términos, sólo adicionándosele un último párrafo que disponía que “Cuando el contribuyente no presente declaración anual estando obligado a ello, se aplicará este precepto como si lo hubiera presentado sin ingresos.”

En 1983 se Derogó la Fracción IV del Artículo 75 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que disponía que “IV. Las

¹⁰ En la fracción IV del artículo 48 de la ley del ISR, establecía que las discrepancias fiscales no serían consideradas como constitutivas del delito de defraudación fiscal.

discrepancias que resulten de la aplicación de este precepto, no serán consideradas como constitutivas del delito de defraudación fiscal”.

En diciembre de 1991 se simuló la farsa de que el texto definitivo la adición referida no lo determinó el Poder Ejecutivo o la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sino supuestamente la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, lo que es imposible que haya sucedido ya que los diputados carecen de tiempo, preparación y conocimientos en materia fiscal, por lo que no es creíble que ellos hayan sido los autores del texto en cuestión.

En la iniciativa en mención, el Ejecutivo Federal Propuso esta adición a la fracción I del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación, pero con el siguiente texto, intencionalmente defectuoso e impreciso:

“I. Consigne en las declaraciones que presente para efectos fiscales, deducciones falsas o ingresos menores a los realmente obtenidos y en el caso de actividades empresariales, dividendos honorarios y en general por la prestación de un servicio personal independiente, estos ingresos se hayan comprobado debidamente”.¹¹

La comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, “sabiamente” expresó en su Dictamen que “Por lo que se refiere a la propuesta de reformar la fracción I del artículo 109, para establecer un supuesto adicional de ilícito fiscal sancionable con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, esta Comisión Legisladora considera que se deben precisar los plazos y procedimientos a los que deberán sujetarse los supuestos de dicho ilícito. El objetivo que percibe esta Comisión es el de otorgar una mayor seguridad jurídica al contribuyente, y que no sea una simple presunción de la autoridad

¹¹ Art. 109 fracción I, LISR, México 1991

la que lo lleve a ser sujeto de un proceso penal, sin que antes se le otorgue la posibilidad de demostrar y justificar en qué se fundan las erogaciones realizadas cuando éstas sean superiores a los ingresos declarados, ya que no necesariamente se debe considerar que el contribuyente está realizando una conducta delictiva en perjuicio del fisco federal, al realizar erogaciones superiores a sus ingresos.

Por tal motivo, esta Comisión considera conveniente establecer en la disposición que se comenta, que las discrepancias entre erogaciones e ingresos declarados, deben comprobarse ante la autoridad fiscal, recurriéndose para ello al procedimiento establecido en el artículo 75 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, otorgándose de esta forma una mayor seguridad jurídica al respetarse las garantías constitucionales del contribuyente, en virtud de que por un lado, la autoridad deberá cumplir las formalidades establecidas en dicho procedimiento, y por otro, el contribuyente tendrá posibilidad de desvirtuar lo afirmado por la autoridad.

En este contexto, se obliga a la autoridad a que, en caso de encontrar discrepancias entre los ingresos declarados y las erogaciones realizadas, deba comprobarlas y notificarle al contribuyente dicho resultado, para que éste a su vez, dentro del plazo de 20 días que establece el precepto referido pueda inconformarse o explicar el origen de tal discrepancia, ofreciendo las pruebas que estime convenientes, las cuales se podrán desahogar en un plazo de 45 días, para con ello poder desvirtuar los hechos imputados por la autoridad. Una vez que la autoridad fiscal cumpla con el procedimiento señalado, y si no se prueba el origen de la discrepancia, podrá entonces acudir a las autoridades competentes a querellarse por el hecho considerado como delictuoso, para que sea la autoridad judicial la que resuelva lo conducente...”, supuestamente proponiendo a continuación el texto que finalmente fue aprobado en sus términos exactos, el cual ha quedado reproducido al inicio de este apartado. (Cámara de Diputados, 1991).

Delito Equiparable a Defraudación Fiscal a partir de 1992

Un aspecto de alta trascendencia es que no sólo el hecho de generar una discrepancia fiscal se provoca en el ejercicio en donde una persona física realiza erogaciones mayores a los ingresos declarados, a partir del 1º de enero de 1992 entró en vigor una adición a la fracción I del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación, donde se previó que esta situación podría derivar en la configuración de un delito equiparable a la defraudación fiscal, en los términos del artículo 109 del CFF. Que textualmente reza:

Artículo 109 CFF. Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien: I. Consigne en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, deducciones falsas o ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o determinados conforme a las leyes. En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba dividendos, honorarios o en general preste un servicio personal independiente o esté dedicada a actividades empresariales, **cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autoridad fiscal el origen de la discrepancia** en los plazos y conforme al procedimiento establecido en el artículo 75 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

En este orden de ideas, Sergio Francisco de la Garza, al tratar el tema de los delitos fiscales señala que : “son aquéllos ilícitos o infracciones en sentido lato, que se distinguen de las contravenciones en virtud de que establecen penas que por su naturaleza puede imponer sólo la Autoridad Judicial, como son los que importan privación de la libertad”.

Mencionando entre otros La Defraudación Fiscal y los hechos

asimilados a ésta, dentro de los cuales se ubicaría la Discrepancia Fiscal.¹²

Afirma Gregorio Sánchez que los delitos innominados o equiparables a otros, deberán ser sancionados con las mismas penas que corresponden al delito al cual se asimilan, en consecuencia la discrepancia fiscal será sancionada con la penalidad de la defraudación fiscal.¹³

En el mismo sentido, Castrejón García equipara a la discrepancia con la defraudación fiscal, que por ser el primero un delito innominado en la legislación fiscal, se sanciona con las mismas penas que corresponden al fraude fiscal.¹⁴

Por su parte Doricela Mabarak, dice que el delito se configura cuando la conducta ilícita ofende al orden social en forma que requiere una pena más rigurosa que la propia sanción administrativa...y continúa afirmando que los delitos fiscales pertenecen al grupo de los delitos especiales, por tanto, su tipificación y tratamiento quedan fuera de la legislación penal común; por lo que la discrepancia al no estar tipificada en el código fiscal, requiere un trato especial, pues sería considerada una conducta asimilada a la defraudación, pero que no cuenta con todos los elementos de ésta.¹⁵

El 1º. de enero de 1997 se reformó la fracción II del artículo 75 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, solo para sustituir los plazos originales de 20 y 45 días respectivamente, por los de 15 y 20 días, adicionándole el señalamiento de que "... "...En ningún

¹² Garza de la, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 17º. Edición, México, Editorial Porrúa, 2005.

¹³ Sánchez León, Gregorio, *Derecho Fiscal Mexicano*, 8ª edición México, Cárdenas editor y distribuidor, 1991, p. 386,

¹⁴ Castrejón García, Eduardo, *Derecho Tributario*, México, Cárdenas editor y distribuidor, 2002, p.431

¹⁵ Mabarak, Doricela, *Derecho Financiero Público*, 2ª. Edición, México, Mc. Graw Hill, 2000, p.252.

caso los plazos para presentar el escrito y las pruebas señaladas excederán en su conjunto de treinta y cinco días”.

Adición en 2001 penúltimo párrafo y reforma del último párrafo del Artículo 75 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

El 1º. de enero de 2001 se adicionó un penúltimo párrafo al artículo 75 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que disponía que “Para los efectos de este artículo se consideran erogaciones, los gastos, las adquisiciones de bienes y los depósitos en inversiones financieras. No se tomarán en consideración los depósitos que el contribuyente efectúe en cuentas que no sean propias, que califiquen como erogaciones en los términos de este artículo, cuando se demuestre que dicho depósito se hizo como pago de adquisiciones de bienes o servicios, o como contraprestación para el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes o para realizar inversiones financieras, ni los traspasos entre cuentas del contribuyente, o a cuentas de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes en línea recta en primer grado”, reformándose su último párrafo, que a partir de esa fecha dispuso que “Cuando el contribuyente OBTENGA INGRESOS DE LOS PREVISTOS EN ESTE TITULO y no presente declaración anual, se aplicará este precepto como si la hubiera presentado sin ingresos”¹⁶

A partir de 2002, adición y reforma en la Nueva Ley del Impuesto sobre la Renta.

El 1º. de enero de 2002 entró en vigor una nueva LISR, que abrogó a la anterior del 30 de diciembre de 1980.

La disposición contenida en el artículo 75 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta del 30 de diciembre de 1980, se incluyó en el artículo 107 de la nueva Ley; sustancialmente en los mismos

¹⁶ Fisco Agenda, Artículo 75 LISR, 17ª edición, México, ISEF, 2001, p. 159.

términos, sólo reformándose el anterior último párrafo del artículo 75 aludido, a partir de esa fecha penúltimo párrafo del artículo 107 de nueva Ley, que dispone que “Cuando el contribuyente obtenga ingresos de los previstos en este Título y no presente declaración anual estando obligado a ello, se aplicará este precepto como si la hubiera presentado sin ingresos.

Tratándose de contribuyentes que no estén obligados a presentar declaración del ejercicio, se consideran, para los efectos del presente artículo, los ingresos que los retenedores manifiesten haber pagado al contribuyente de que se trate”, y adicionándosele un último párrafo al artículo 107 de la nueva LISR que dispone que “ Se presume, salvo prueba en contrario, que los préstamos y los donativos, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 106 de esta ley, que no sean declarados conforme a dicho precepto, son ingresos omitidos de la actividad preponderante del contribuyente o, en su caso, son otros ingresos en los términos del capítulo IX de este título, por los que no se pagó el impuesto correspondiente”¹⁷(DOF 30-12-2002).

El último párrafo del artículo 107 de la Ley del Impuesto sobre la Renta está relacionado con el segundo párrafo del artículo 106 de dicha Ley, que en 2002 disponía que

“Las personas físicas residentes en México están obligadas a informar, en la declaración del ejercicio, sobre los préstamos, los donativos y los premios obtenidos en el mismo, siempre que éstos, en lo individual o en su conjunto, excedan de \$ 1,000,000.00... La obligación de información a que se refiere este párrafo es aplicable incluso cuando las personas físicas no se encuentren obligadas a prestar declaración en los términos de otros artículos de esta Ley”.

¹⁷ Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 26ª edición, México, ISEF, 2002, p. 136.

El 1º. de enero de 2003 se reformó la fracción III del artículo 107 de la Ley, solo para sustituir el Capítulo VIII por el IX.¹⁸

Igualmente, el 1º. de enero de 2003, el segundo párrafo del artículo 106 de la LISR se reformó sólo para suprimir la parte final que decía que “... La obligación de información a que se refiere este párrafo es aplicable incluso cuando las personas físicas no se encuentren obligadas a presentar declaración en los términos de otros artículos de esta Ley”.¹⁹

El 6 de enero de 2004 se reformó la fracción I del artículo 109 de Código Fiscal de la Federación, solo para referirse genéricamente a la Ley del Impuesto Sobre la Renta, conforme al procedimiento establecido en ésta, para comprobar la discrepancia fiscal.

Con la reforma a este artículo a partir del 1 de enero del 2006 se prevé la posibilidad de iniciar el procedimiento de discrepancia fiscal en cualquier persona física, aun cuando no esté inscrita en el RFC, (DOF 28-06-2006).

En esta misma fecha se reformó el antepenúltimo párrafo del artículo en comento para agregar la palabra “también” al hacer alusión a lo que se consideran erogaciones y el añadido de la expresión “o de servicios” para demostrar que el depósito se realizó como pago por adquisición de bienes “o servicios”.²⁰

El 4 de junio de 2009 se reformó el penúltimo párrafo del artículo 107, el cual quedó en los siguientes términos: “cuando el contribuyente obtenga ingresos de los previstos en este título y no los declare, se aplicará este precepto como si hubiera presentado la declaración sin ingresos. Tratándose de contribuyentes

¹⁸ Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 27ª edición, México, ISEF, 2003, p. 150.

¹⁹ Fisco Agenda, Artículo 106 LISR, 27ª edición, México, ISEF, 2003, p. 148.

²⁰ Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 33ª edición, México, ISEF, 2006, p. 159.

que tributen en el capítulo I del Título IV de la presente ley, se considerarán, para los efectos del presente artículo, los ingresos que los retenedores manifiesten haber pagado al contribuyente de que se trate” (DOF 04-06-2009).²¹

En el supuesto del artículo anterior se está aplicando una información de tercero que se hace extensiva al contribuyente que omitió la declaración de ingresos.

De acuerdo con Jiménez González resulta incuestionable que una política en materia de sanciones genera buenos resultados, sin embargo, en lo que respecta a su efectividad comparte el quehacer con el órgano legislativo en virtud de que es éste el que tiene la atribución de definir los supuestos de las infracciones y delitos en materia fiscal, así como los mínimos y máximos de las sanciones y penas respectivas.²²

La Administración Pública está investida constitucionalmente de la Potestad Sancionadora la cual ejercen los tres poderes de la unión, así como los propios de las entidades federativas. Así, según Sánchez Narciso²³ el legislativo define y clasifica las faltas o infracciones, los delitos y las sanciones que han de aplicarse, la ejecución de las sanciones administrativas está a cargo del poder ejecutivo y al judicial le corresponde resolver las controversias entre los particulares y entre éstos y el Estado; por tanto el Estado dispone de la fuerza coactiva para hacer cumplir sus fallos. Los fundamentos constitucionales se expresan en los artículos 16, 22, 89 fracción I y 73 fracción XXI de la Norma fundamental.

La Autoridad cuenta con una serie de herramientas para

²¹ Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 39ª edición, México, ISEF, 2009, p. 167

²² Jiménez, González, A, *Lecciones de Derecho Tributario*, 9ª. edición, México, Thompson Editores, 2008, p.142.

²³ Sánchez, Narciso, *Derecho Fiscal Mexicano*, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2003, p.447.

detectar cuando se incurre en discrepancia fiscal tales como:

Declaraciones informativas de notarios, clientes y proveedores, pagos y retenciones a personas físicas, donativos efectuados, operaciones realizadas que causan IVA, operaciones en paraísos fiscales, pagos de dividendos, fideicomisos, pagos efectuados al extranjero, información de compañías de servicios (luz, teléfono, casa de bolsa, etc.) padrón de las AFORES, IMSS, INFONAVIT, Registro Público de la Propiedad y Comercio, adquisiciones de automóviles nuevos, intercambio de información con el INEGI, información del Sistema Bancario, cuentas bancarias, tarjetas de crédito, acuerdos internacionales de amplio intercambio de información tributaria.

Ya no es posible pasar inadvertido, la tecnología pone al descubierto al contribuyente, por lo que somos como libros abiertos ante la autoridad fiscal, quien descubrirá fácilmente a los que incurran en discrepancia fiscal.

Por ello es importante cuidar el comportamiento para no incurrir en tales ilícitos, si se quiere conservar el patrimonio y la libertad; pues tanto las personas no inscritas en el RFC, como las inscritas que manejen dinero o bienes, que no hayan declarado fiscalmente y por tanto no hayan pagado impuestos, corren peligro de enfrentar problemas penales de discrepancia fiscal y lavado de dinero, con la consecuente pérdida de su patrimonio y su libertad.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El 1º. de enero de 1980 se incluyó por primera vez la Discrepancia Fiscal en la Ley del Impuesto Sobre la Renta. En 1980 la autoridad fiscal no contaba con controles y mecanismos para detectar en todos los casos la Discrepancia Fiscal, no obstante desde ese año se incluyó en nuestro sistema legal vigente, en

espera de que en un futuro ya pudiera aplicarse plenamente.

La disposición que señalaba que “Las discrepancias que resulten de la aplicación de este precepto, no serán consideradas como constitutivas del delito de defraudación fiscal”, la cual se derogó a partir de 1983, no obstante lo cual, fue hasta 1992 cuando la Discrepancia Fiscal se tipificó como un delito equiparable a la defraudación fiscal.

SEGUNDA.- A pesar que desde 1992 la Discrepancia Fiscal constituye un delito equiparable a la defraudación fiscal, y de que un gran número de contribuyentes incurría en ella, durante años enteros el texto legal que la tipifica como delito ha sido letra muerta por la falta de mecanismos y controles para que la autoridad fiscal pudiera detectar y demostrarla.

TERCERA.- Hoy en día, faltan todavía algunos controles y mecanismos para poder aplicar totalmente la Discrepancia Fiscal, los cuales se instrumentarán a la brevedad posible, por lo que prácticamente la autoridad fiscal ya está en condiciones de aplicarla plenamente, de donde queda clara la urgencia de que los contribuyentes corrijan su situación fiscal al respecto, de tal suerte que no pierdan su patrimonio ni su libertad.

CUARTA.- Con todo lo expuesto anteriormente se comprende fácilmente que estamos inmersos en una nueva realidad, que obliga a arribar a conclusiones novedosas y a formular recomendaciones inéditas, acordes con el actual entorno que nos envuelve.

QUINTA.- La autoridad fiscal, paulatina pero firmemente ha ido perfeccionando las leyes fiscales, introduciendo con visión de largo alcance cambios y adiciones que en su momento aún no eran aplicables por las condiciones existentes, pero que hoy en día ya

pueden aplicarse en su totalidad, y con contundencia, gracias a los avances tecnológicos e informáticos alcanzados, sobre todo, por los controles y supervisión estricta que permite que las autoridades fiscales ejerzan sobre absolutamente todas las personas físicas, independientemente de que estén o no inscritas en el Registro Federal de Contribuyentes.

SEXTA.- Hoy los contribuyentes estamos permanentemente en la mira de las autoridades fiscales, quienes conocen todos nuestros movimientos, por lo que cualquier desviación o irregularidad en la que se incurra de inmediato será detectada, con toda seguridad por las autoridades fiscales, antes de que extingan sus facultades legales de comprobación, y procederán en nuestra contra para exigir la responsabilidad fiscal, por tanto, lo más conveniente es ajustar a derecho, en todo momento, nuestra actuación.

SÉPTIMA.- La evasión fiscal ya es prácticamente imposible, no se puede pasar inadvertido, pues la tecnología y la informática actuales ponen al descubierto estas anomalías, por lo que, sin excepción, estamos en la mira de la autoridad fiscal, quien fácilmente descubrirá a quienes indebidamente incurran en Discrepancia Fiscal o Lavado de Dinero, por lo que es conveniente cuidar nuestro comportamiento para evitar el incurrir en tales ilícitos, si queremos conservar nuestro patrimonio, y nuestra libertad.

OCTAVA.- Sean particulares o servidores públicos, todas las personas físicas deben modificar radicalmente su conducta, de tal manera que en todas sus operaciones solo manejen dinero que ya fue declarado para efectos fiscales, y por el cual ya se pagaron los impuestos respectivos.

NOVENA.- Las personas no inscritas en el Registro Federal de Contribuyentes que manejen dinero o bienes y las personas físicas inscritas en el Registro Federal de Contribuyentes que manejen dinero y bienes que no han sido declarados fiscalmente, y por tanto

no han pagado impuestos, corren verdadero peligro de enfrentar en el futuro problemas penales de Discrepancias Fiscales y Lavado de Dinero, con la consecuente pérdida de su patrimonio y su libertad, por lo que ambas anormalidades deben evitarse a toda costa.

BIBLIOGRAFÍA

Castrejón García Gabino Eduardo. *Derecho Tributario*, México, Cárdenas editor y distribuidor, 2002.

Domínguez, M. E. *Código Fiscal de la Federación*, 16ª Edición, México, Dofiscal Editores, 2009.

Garza de la, Sergio, *Derecho Financiero Mexicano*, 17ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 2005.

Giuliani Fonrouge, Carlos M., *Derecho Financiero*, vols. I y III, 3ª. Ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, citado por Martínez Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 2º. curso*, cuarta edición, México, Oxford, 2005, p. 59.

Jiménez, G. A. *Lecciones de Derecho Tributario*, 9ª. Edición, México, Thompson Editores, 2008.

Mabarak, Doricela, *Derecho Financiero Público*, 2ª Edición, México, Editorial Mc GRAW-HILL, 2000.

Martínez Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 2º. curso*, cuarta edición, México, Oxford, 2005, p. 59.

Sánchez Gregorio, *Derecho Fiscal mexicano*, octava edición, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1991.18

Sánchez, Narciso, *Derecho Fiscal Mexicano*, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2003.

FUENTES NORMATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, (2012). Ley del Impuesto Sobre la Renta 1979, Dofiscal Editores, México, 1979. Ley del Impuesto Sobre la Renta 1981, Dofiscal Editores, México, 1981. Ley del Impuesto Sobre la Renta 1983, Dofiscal Editores, México, 1983. Código Fiscal de la Federación 1992, Dofiscal Editores, México, 1992.

Ley del Impuesto Sobre la Renta 1997, Dofiscal Editores, México, 1997. Fisco Agenda, Artículo 75 LISR, 17ª edición, México, ISEF, 2001. Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 26ª edición, México, ISEF, 2002. Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 27ª edición, México, ISEF, 2003. Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 33ª edición, México, ISEF, 2006. Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 39ª edición, México, ISEF, 2009. Fisco Agenda, Artículo 107 LISR, 42ª edición, México, ISEF, 2011.

MOMENTOS PARA LA DETENCIÓN DE LAS PERSONAS. LEGALIDAD EN LA DETENCIÓN.

Ricardo Silva Salinas*

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el nuevo sistema el cambio más perceptible para la ciudadanía es la libertad del inculcado mientras dura el proceso, esto debido al principio de presunción de inocencia, ya que están acostumbrados a que permanezca detenido durante todo ese tiempo, lo cual les puede dar la impresión de que existe impunidad, ineptitud o solapamiento de las autoridades para con los delincuentes, o peor aún, que hay corrupción de su parte. Por lo que considero que es de suma importancia determinar en qué momento es procedente la detención del inculcado, ratificar su detención e inclusive para garantizar el cumplimiento de una pena.

El presente trabajo pretende analizar todos los supuestos de detención que se presentarían en la práctica.

*Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

1. LEGALIDAD EN LA DETENCIÓN SIN ORDEN DE APREHENSIÓN.

1.1 Flagrancia.

1.2 Cuasiflagrancia.

1.2.1 Seguimiento virtual.

1.2.2 Entrega voluntaria.

1.2.3 Introducción a un domicilio.

1.3 Flagrancia Equiparada.

1.4 Caso Urgente.

2. PUESTA A DISPOSICIÓN.

2.1. Del Aprehensor a la Policía.

2.1.1. Del Policía al Ministerio Público.

2.2. Del Ministerio Público al Órgano Judicial.

3. CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN.

3.1 Inmediatez.

3.1.1 Contradicción entre la Constitución y el Código Nacional.

3.2 RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN.

3.2.1 Detención;

3.2.2 Retención; y

3.2.3 Lectura de Derechos.

3.3 NO RATIFICACIÓN DE LA RETENCIÓN.

3.3.1 Libertad.

3.3.2 Detención por malas prácticas.

3.3.2.1 Solicitud de Orden de aprehensión por otro Ministerio Público.

3.3.2.2 Continuación de la audiencia por voluntad de las partes; o

3.3.2.3 Continuación de la audiencia de oficio.

4. LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN POR ORDEN JUDICIAL.

4.1 Cita judicial.

4.2 Orden de comparecencia.

4.3 Orden de aprehensión.

5. DETENCIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA.

1.- LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN SIN ORDEN JUDICIAL.

1.1 La flagrancia.

Se encuentra prevista en el artículo 16.5 de la Constitución Federal que dispone: **“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito...”**, disposición que concuerda con el Artículo 146 Fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales dentro del capítulo denominado “Supuestos de la flagrancia”, que establece: “...Se entiende que hay flagrancia cuando: La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito...”, lo que no presenta problemas de interpretación pero si de demostración en el procedimiento.

1.2 La Cuasiflagrancia.

Lo establece el mismo artículo 16 Constitucional al agregar que se puede detener al indiciado “...inmediatamente después de haberlo cometido (el delito)...”, lo cual corrobora el citado Artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales en su fracción II que dispone se puede dar cuando la persona “Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que: a) Es sorprendida cometiendo el delito y b) **es perseguida material e ininterrumpidamente**” siendo más precisa ésta última disposición, sin que se pueda establecer un límite de tiempo para llevarlo a cabo, ya que pueden transcurrir desde minutos hasta horas, al ser perseguido por diversas calles, a pie o en vehículos, inclusive la autoridad puede ser repelida por disparos de arma de fuego.

En estos casos se debe ratificar la detención, pues no ha cesado la cuasi flagrancia, siempre y cuando la persecución se haga en forma ininterrumpida.

1.2.1 Seguimiento virtual.

La ley no se ha cerrado nunca a los avances de la ciencia y tecnología, por lo que una cuestión aparte, dado el incremento de la delincuencia, son las cámaras de video vigilancia que se han establecido en las diversas ciudades, en donde el sujeto activo es seguido visualmente por dichos aparatos.

En estos casos se debe ratificar la detención y al darse la flagrancia cuando las cámaras captan la comisión del hecho delictivo, y dan el seguimiento del indiciado con las cámaras operadas por el personal técnico de seguridad pública, y lo reporta a los policías que patrullan la zona para que procedan a su detención material, bastando demostrar la flagrancia con la reproducción del video sin perderlo de vista, en audiencia con asistencia de las partes.

1.2.2 Introducción a un domicilio.

Cuando el indiciado, después de cometido el delito es materialmente perseguido e ingresa a un domicilio, no cesa la persecución en flagrancia aún cuando se le haya perdido de vista, ya que no ha podido huir a otro lugar al ser materialmente sitiado por la policía hasta que lleguen refuerzos e ingresan para su detención, más aún si dicho lugar no es su residencia, ni de alguna persona que le hubiera dado su consentimiento para ingresar, en cuyo caso también comete el delito de allanamiento de morada, por lo cual las autoridades tendrán facultad de ingresar sin orden judicial por el riesgo que se genera para los moradores, por lo que se tendría que ratificar la detención por ambos delitos, como así se desprende de las obligaciones que tiene la policía previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 132, que establece: "... el Policía tendrá las siguientes obligaciones...IV. Impedir que se

consumen los delitos o que los hechos produzcan consecuencias ulteriores. Especialmente estará obligada a realizar todos los actos necesarios para evitar una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos de los gobernados a quienes tiene la obligación de proteger...**XII. Proporcionar atención a víctimas** u ofendidos o testigos del delito. Para tal efecto, deberá: **a)** Prestar protección y **auxilio** inmediato, de conformidad con las disposiciones aplicables... **d)** Adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a **evitar** que se ponga en **peligro** su integridad física y psicológica...”

Siendo también aplicable la Jurisprudencia por contradicción de Tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice: “**INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.** Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues **tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio** particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que **el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato** en casos de flagrancia; por

lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irruman en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que **tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo**, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria”. Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Novena Época. Registro: 171739. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Agosto de 2007.

Tesis: 1a./J. 21/2007. Página: 224.

Por lo cual, en estos casos, también debe ratificarse de legal la detención.

1.2.3 Entrega voluntaria.

Un problema se presenta cuando es el propio indiciado quien se entrega voluntariamente a las autoridades, por considerarlo un deber moral o ciudadano e inclusive hasta contractual, o considera que su conducta está justificada porque obró bajo alguna excluyente o atenuante de responsabilidad.

Pudiéndose dar en dos formas:

1º No huye del lugar o va y se entrega a la policía; o

2º Le pide a un tercero que llame a la policía para que vayan por él.

Considero que en el primer supuesto la detención se pudiera calificar de legal por existir flagrancia, pues el propio indiciado se pone a disposición de la autoridad recién ocurridos los hechos, cumpliendo con un deber ciudadano.

Por el contrario se puede argumentar que no fue detenido por un tercero, como se pudiera desprender del artículo 16 Constitucional que dispone: "...Cualquier persona puede detener al indiciado..." pero nos encontraríamos en una contradicción con el fin de la ley, ya que la razón de ser de la publicación de las leyes previo a su vigencia, es con el fin de darlas a conocer a las personas para que las cumplan voluntariamente, y resultaría paradójico que la autoridad no acepte retener al ciudadano que pretende cumplir con ella al entregarse, más aún que la propia disposición no distingue

sobre quién puede llevar a cabo una detención, al establecer en forma genérica que lo puede detener cualquier persona, por lo que se faculta que sea el propio imputado quien lo haga.

Por otro lado, el no ratificar la detención le causaría un perjuicio al indiciado, pues en el nuevo sistema se toma en cuenta la conducta que adopte durante el procedimiento, ya que la principal finalidad de las medidas cautelares es garantizar la presencia del inculpado en el mismo, y el hecho de entregarse voluntariamente sería un motivo para no fijarle medida cautelar alguna o ponerle la que más le beneficie, inclusive le beneficiaría en la pena, pues sería merecedor de una más benigna, por lo cual, de imperar el criterio de no ratificar la detención ocasionaría que desde los policías lo dejarían en libertad, por lo que su intención de cumplir con la ley ni siquiera aparecería en la carpeta de investigación para que lo pudiera argumentar la defensa en su beneficio.

Considero que el derecho a la libertad es renunciable cuando se hace en favor del Estado, para que la autoridad cumpla con la ley y se haga justicia, y esto no es extraño, pues se da frecuentemente en hechos de tránsito, no sólo porque el indiciado lo considere su deber, sino por obligación contractual, pues las aseguradoras de vehículos no se responsabilizan si la persona abandona el lugar de los hechos, por lo que el conductor normalmente espera a que lleguen las autoridades de tránsito.

Se debe de ratificar de legal la detención como se desprende de una tesis sostenida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito que dice: **“DETENCION EN FLAGRANTE DELITO. ES INTRASCENDENTE QUE EL SUJETO ACTIVO DECIDIERA NO HUIR. La detención del activo en flagrante delito no requiere que éste se abstenga de huir**, pues precisamente por haber sido

sorprendido en la comisión del ilícito resulta evidente que no lo efectuó porque la detención hizo prácticamente imposible que se diera a la fuga, como sucede si en la detención de aquél intervinieron elementos de la policía, pues **la flagrancia en la detención no se destruye por el hecho de que el delincuente voluntariamente se haya puesto a disposición de la autoridad**". Amparo en revisión 325/96. Novena Época. Registro: 201393. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV, Septiembre de 1996. Materia: Penal. Tesis: VI.2o.113 P. Página: 636.

Es cierto de que existe el riesgo que policías, pretendiendo justificar detenciones ilegales, argumenten que la persona voluntariamente se entregó, pero, bastaría la simple manifestación del indiciado ante el Ministerio Público de que no fue así, para que éste ordene su libertad. De demostrarse que la detención fue ilegal, habría una responsabilidad penal, además de que serían ilegales las pruebas así obtenidas.

Segundo supuesto: El indiciado solicita a un tercero llamar a la policía para ser detenido.

En éste caso, con mayor razón, se configura la flagrancia, pues sería legalmente válido atribuirle la detención a dicho tercero, ya que el Artículo 16 de la Constitución Federal no hace distingos al disponer qué persona puede realizar la detención, ni establece la forma como tenga que ser presentado a las autoridades, pues no exige sea esposado, atado o maniatado de alguna manera, ni encerrado en el interior de algún cuarto o departamento para considerar que se encuentra materialmente detenido.

Si con posterioridad el indiciado niega haberse entregado sería irrelevante, puesto que el tercero que llamó a las autoridades sería quien materialmente lo detuvo.

En ambos supuestos, si la entrega voluntaria se hace muy posterior a los hechos, no se debe ratificar la detención por no existir flagrancia.

1.3 FLAGRANCIA EQUIPARADA.

Se desprende del artículo 146 fracción II inciso b) del Código Nacional de Procedimientos Penales, estableciendo que: “Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, o algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo... se considera que la persona ha sido detenida en **flagrancia por señalamiento**, siempre y cuando, **inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización**”, por lo que se da la flagrancia prevista en la garantía constitucional cuando es perseguido por la víctima u otros ciudadanos inmediatamente después de cometido el hecho, y, en el trayecto, se encuentran una patrulla dándole los datos a los policías quienes llevan a cabo la detención.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ratifica ésta forma de detención en la tesis siguiente: “DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. APRECIACIÓN DE SU VALIDEZ CONSTITUCIONAL CUANDO LA AUTORIDAD TIENE CONOCIMIENTO, POR MEDIO DE UNA DENUNCIA INFORMAL, QUE SE ESTÁ COMETIENDO O SE ACABA DE COMETER UN

DELITO. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado el procedimiento que debe seguirse para efectuar una detención cuando la autoridad tiene conocimiento por medio de una denuncia informal sobre un delito cometido en flagrancia; y para que aquélla pueda ser válida (por guardar correspondencia formal y material con la normativa que rige el actuar de la policía) tiene que ceñirse al concepto constitucional estricto de flagrancia, es decir, debe actualizarse alguno de los supuestos siguientes: 1. La autoridad puede aprehender al aparente autor del delito si observa directamente que la acción se comete en ese preciso instante, esto es, en el *iter criminis*; o, **2. La autoridad puede iniciar la persecución del aparente autor del delito a fin de aprehenderlo si, mediante elementos objetivos, le es posible identificarlo y corroborar que, apenas en el momento inmediato anterior, se encontraba cometiendo el delito.** Ahora bien, tratándose de la detención en flagrancia en el supuesto de denuncia informal (aquella que no se rinde ante el Ministerio Público en las condiciones de regularidad formal que deben operar ordinariamente), al evaluar la validez constitucional, el juez debe ponderar si la autoridad aprehensora contaba con datos suficientes que le permitieran identificar con certeza a la persona acusada y evaluar el margen de error que pudo haberse producido tomando como base la exactitud y la precisión de los datos aportados en la denuncia”. Amparo directo en revisión 3463/2012. 22 de enero de 2014. Unanimidad de cinco votos. Décima Época. Registro: 2010963. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: 1a. XXV/2016 (10a.). Página: 671.

Por lo tanto se debe calificar de legal la detención.

1.4 Caso Urgente.

El artículo 16 de la Constitución Federal en su párrafo sexto establece que: “Sólo en **casos urgentes**, cuando se trate de **delito grave** así calificado por la ley y ante el **riesgo fundado** de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando **no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial** por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.

Establece varios requisitos, que son:

1º Que se trate de delito calificado como grave por la ley. No sólo los previstos en el artículo 19 de la Constitución Federal de: Delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos. Sino, además, los previstos por artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, por así permitirlo el propio artículo constitucional al disponer que: “...así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...”.

2º Que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Hecho éste que tendrá que acreditar fehacientemente el Ministerio Público.

3º Que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia. Este hecho es difícil que se presente en lugares donde se establezcan Jueces de Control, toda vez de que la orden de aprehensión se puede llegar a solicitar y resolver inclusive por sistemas informáticos, como así lo establece

el artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales, por lo que sólo se podría presentar donde no existan dichos jueces y es inminente la intención de huir del inculpado.

4° Que lo ordene el Ministerio Público bajo su responsabilidad. Es la única autoridad facultada para ello; y

5°.- Que la resolución se encuentre debidamente fundada y motivada, expresando los indicios en que basó su proceder.- Obligación que tiene dado que es un acto de molestia.

Todos estos elementos deberán ser verificados por el Juez de Control al ratificar la detención

1.5 Hacer saber los derechos al detenido.

Existen tres momentos previstos en la ley para ello:

1° La debe realizar la Policía al momento de tenerlo detenido, ya sea que el propio policía hubiera llevado a cabo la detención o le es entregado por un ciudadano. Pueden existir circunstancias que justifiquen el retraso en la comunicación, como la resistencia de familiares o vecinos en la detención, el riesgo de ser agredidos el policía o el detenido, bloqueos carreteros, etcétera, por lo que una vez puestos a salvo se debe realizar dicha lectura.

La ley señala lectura de derechos, no que se deban exponer de memoria como pretenden algunos litigantes que cuestionan al policía que se los diga y les mencione los artículos que los establecen. En la práctica los policías acostumbran imprimirlos al reverso de su identificación, y, en algunos Estados, se acostumbra entregar una copia al detenido con firma de enterado;

2º El Ministerio Público debe verificar si le hicieron saber sus derechos, bastando la simple manifestación de que no fue así para que tenga la obligación de hacérselos saber y firme el acta correspondiente; y

3º El Juez, en la primera comparecencia, debe verificar si le hicieron saber los derechos, y si manifiesta que no, hacérselos saber en la audiencia inicial.

La falta de lectura de derechos no da lugar a que no se califique de legal la detención, pero si da lugar a invalidar los datos de prueba que se hubieran obtenido a partir de ésta, lo cual es grave al grado de que puede no acreditarse el hecho o la participación del detenido en el mismo y dictarse, en consecuencia, un auto de no vinculación a proceso.

2.- PUESTA A DISPOSICIÓN.

2.1 Del aprehensor a la policía.

El Artículo 16 de la Constitución Federal además de facultar a cualquier persona para detener al indiciado en flagrancia, agrega: “...**poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana...**”, que sería normalmente un agente de la policía o tránsito, y no se justificaría un retardo en la puesta a disposición, ya que pudieran incurrir en la comisión de un delito, más aún, si ejercen violencia en forma innecesaria o lo pretenden linchar. Sin embargo, esto no invalida la flagrancia si se cumplen con los demás requisitos del artículo Constitucional, por lo que la detención debe calificarse de legal.

2.2 Puesta a disposición del detenido de la policía al Ministerio Público.

Ésta es la situación más delicada y que ha generado abusos, pues el mismo artículo 16 establece que una vez que el ciudadano pone al indiciado a disposición de la autoridad más cercana, “...**ésta con la misma prontitud** (lo debe poner), **a la del Ministerio Público...**”, la cuestión está en establecer que debemos entender por prontitud. Se puede interpretar que es de inmediato, sin embargo no podemos señalar un tiempo específico, ya que obedecerá a diversos factores lógicos, como el que los policías tengan que preservar la escena de los hechos para conservar las evidencias y evitar que los datos de prueba se alteren, o esperar a que la autoridad investigadora se haga cargo, o bien que las patrullas lleguen para el traslado, e, inclusive, presentarse incidentes como la oposición de familiares o moradores del lugar para que se lo lleven, además del traslado por grandes distancias, como cuando es detenido en una zona rural alejada de la ciudad donde reside el Ministerio Público, igualmente llevarlo previamente ante un médico para que lo revise si presenta alguna lesión, y además elaborar el parte informativo exponiendo los hechos que dieron lugar a la detención, todo lo cual ocasiona un retraso que pudiera llevar varias horas, por lo que la puesta a disposición no sería con la prontitud que se pudiera desprender de la citada garantía constitucional.

Si el retraso en la puesta a disposición es lógica y razonable, entonces deberá declararse de legal la detención, primeramente por parte del Ministerio Público, conforme lo dispone el artículo 149 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que ordena: “En los casos de flagrancia, el Ministerio Público deberá examinar las **condiciones en las que se realizó la detención** inmediatamente después de que la persona sea puesta a su disposición... realizará

el registro de la hora a la cual lo están poniendo a disposición...”, por lo que cualquier retraso se debe justificar como lo establece la Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al disponer que: **“DEMORA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DEL DETENIDO EN FLAGRANCIA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA VALORACIÓN DEL PARTE INFORMATIVO U OFICIO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS AGENTES APREHENSORES, DEBERÁ ATENDER A LA INDEPENDENCIA FÁCTICA Y SUSTANCIAL DE LA DETENCIÓN Y LA PUESTA A DISPOSICIÓN.** Esta Primera Sala ha determinado que la violación al derecho fundamental del detenido a ser puesto a disposición del Ministerio Público sin demora, **genera la anulación de la declaración del detenido, así como la invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora** injustificada, y aquellas recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora, sin conducción y mando del Ministerio Público; **no así las pruebas obtenidas estrictamente con motivo de la detención en flagrancia**, a menos que se acredite la existencia de vicios propios de la misma detención. En ese tenor, la valoración probatoria del parte informativo u oficio de puesta a disposición de los agentes aprehensores, deberá atender a la independencia fáctica y sustancial de esos dos momentos -detención y puesta a disposición-, para lo cual se tendrá que fragmentar el contenido informativo del parte u oficio, conforme a dos elementos sustanciales: a) la descripción de las circunstancias que motivaron la intervención de la policía y aquellas en las que tuvo lugar la detención del inculpado, así como la relación de los objetos y evidencias aseguradas en esa acción; y b) todas aquellas referencias a circunstancias y medios de prueba obtenidos por la policía, que derivan directamente de la demora injustificada en la puesta a disposición del detenido, o que hayan sido recopilados con motivo de una investigación policial no dirigida y controlada por el Ministerio Público. Hecho lo anterior, se deberá excluir de

la valoración probatoria únicamente lo relativo al segundo inciso, pues conforme a los parámetros establecidos por esta Primera Sala, la violación en cuestión sólo afecta la información relacionada con la siguiente acción que se debe realizar al detenerse a una persona, que es su presentación oportuna ante el Ministerio Público, sin que ello ocurra con la relativa al primer inciso, siempre y cuando la detención se ajuste al parámetro constitucional de la flagrancia”. Contradicción de tesis 92/2015. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 4 de noviembre de 2015. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Décima Época. Registro: 2012186. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 8/2016 (10a.). Página: 723.

Por lo cual, se debe de ratificar de legal la detención si reúne los requisitos de la flagrancia, y su retraso invalidaría las pruebas, pero no sería motivo de su libertad.

2.3 Puesta a disposición del detenido del Ministerio Público al Juez.

Contrario a la dispuesto en el punto anterior, el artículo 16 de la Constitución Federal si establece un término en que el Ministerio Público debe a poner al detenido a disposición del Juez, exponiendo que: “Ningún indiciado podrá ser **retenido** por el Ministerio Público por más de **cuarenta y ocho horas**, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial...”, éste lapso, aunque parece muy largo, obedece a que el Agente del Ministerio Público debe reunir los datos de prueba suficientes

que le permitan formular la imputación y solicitar el auto de vinculación, para lo cual deberá acreditar los extremos del artículo 19 de la Constitución Federal, esto es señalar "...el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...". El tiempo le empieza a correr al Ministerio Público desde el momento en que es puesto a su disposición por parte de la autoridad aprehensora, hasta el momento en que se entrega el oficio a la autoridad judicial, lo cual deberá valorar el Juez de Control, y, si se pasa de dicho plazo, deberá ordenar su libertad, y con posterioridad se solicite la correspondiente cita judicial u orden de aprehensión.

Como el Juez no va a tener nunca a la vista la carpeta de investigación, el Ministerio Público le debe de informar, la hora exacta del día en el cual se le puso a su disposición, según el sello de recibido, y la hora exacta del día en que lo puso a disposición de la autoridad judicial, independientemente de que pudiera obrar esto en la carpeta administrativa que se elabore con los datos mínimos que tenga el Juez de Control, porque, al llevarse el Juicio en forma Oral y la audiencia queda video grabadas, al dictar la resolución el Juez no necesita justificar el lugar de donde extrajo la información de la puesta a su disposición, por ser percibida por todos los asistentes a la audiencia.

3. TERMINO PARA LA CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN.

3.1 INMEDIATEZ.

a) Contradicción entre la Constitución Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales.

El artículo 16 Constitucional establece que: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que **reciba la consignación** del detenido **deberá inmediatamente ratificar la detención** o decretar la libertad con las reservas de ley...”, por su parte el artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que: “**Inmediatamente** después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, **se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención...**”, siendo contradictorios pues el artículo Constitucional da a entender que la ratificación se debe hacer de inmediato y el Código Nacional lo que establece que se haga inmediatamente es citar a la audiencia inicial, dentro de la cual se realizará ese control o ratificación de la detención. Si bien, es cierto que existe la supremacía Constitucional, también es cierto que en la práctica se presentan varias dificultades para cumplirla y se opte por aplicar éste último supuesto.

Así, si aplicamos literalmente lo expuesto por el artículo 16 Constitucional, para cumplir se tendría que llevar al detenido directamente ante el Juez de Control, inclusive a horas inadecuadas como en la noche o madrugada, sin embargo, la ratificación tendrá que hacerse con la presencia de la trilogía procesal integrada por el Juez de Control, el Ministerio Público que pone a disposición al detenido y un defensor público, inclusive hasta un asesor jurídico que se le designe a la víctima, pero, lo que no se podría cumplir con la celeridad necesaria sería notificar a la víctima u ofendido, por ser parte en el presente procedimiento y ser obligación de la autoridad notificarlo, aunque éste decida no presentarse a la audiencia. Igualmente, si el defensor del indiciado y el asesor jurídico de la víctima son particulares, se dificultaría notificarlos, por lo que no se podría llevar a cabo la ratificación de la detención con la prontitud que se pudiera interpretar de la Constitución.

Igualmente, tampoco se cumplirían con algunos de los principios del Juicio Oral, consagrados en el Artículo 20 apartado “A” de la Constitución Federal, como son la inmediación, la contradicción y la publicidad, lo que se afirma por los motivos siguientes:

La inmediación no se limita al Juez abarca a las demás partes del proceso, como son el Ministerio Público, el indiciado y su defensor, y si bien, no es obligatorio el ofendido y su representante legal asistir a la audiencia, si es obligación notificarlos lo cual llevaría tiempo.

Además, el principio de inmediación no sólo es el hecho de que estén presentes físicamente las partes, sino que deben de estar atentos a la audiencia con todos sus sentidos, y no se puede considerar que esto se da cuando la audiencia se lleva a cabo a altas horas de noche o en la madrugada, por la tensión en que se encontraría el indiciado por lo que está viviendo y estar cansado por ser detenido en noche o madrugada, es motivo suficiente para no estar consciente de la diligencia que se está desarrollado, por lo que se le dificultaría entender la trascendencia que tiene para su futuro, más aún si tomamos en cuenta que es obligación del Juez explicarle en términos sencillos lo que se está desarrollando y verificar que lo entendió. Esta situación también puede afectar a los demás intervinientes del proceso, incluyendo al propio Juez, más aún si se acababa de retirar momentos antes por haber presidido alguna diligencia prolongada.

También afecta al principio de contradicción el cansancio de las partes, ya que pudieran no hacer valer argumentos de refutación a la parte contraria o interponer recursos, lo cual afectaría más a la defensa, toda vez de que el Ministerio Público conoce la carpeta de investigación, ya que él la integró y se puede apoyar en apuntes para que no se le pase dato alguno, lo que dejaría en una clara

desventaja a la defensa, por lo que para que exista una verdadera contradicción es necesario que estén plenamente conscientes y literalmente despiertos todos los intervinientes.

Por último, se afecta el principio de la publicidad, pues a una hora inadecuada, no habría personas que pudieran presenciar la audiencia, por no haber tenido tiempo de publicitarla, afectando hasta a los medios de comunicación, lo cual pudiera generar malas prácticas en asuntos conflictivos para evitar la asistencia del público.

Ante la dificultad material de poder notificar inmediatamente a todas las partes y violar los principios de publicidad, intermediación y contradicción, considero que lo justo es proceder como lo marca el Código Nacional de Procedimientos Penales, es decir, que se cite inmediatamente a la audiencia inicial, señalando una hora adecuada, para dar tiempo de notificar a los intervinientes y no afectar los principios del Juicio Oral, sin que pueda considerarse violatoria de garantías, pues el derecho que más le favorece al indiciado es el de defensa adecuada y la publicidad para que la comunidad se dé cuenta que se actúa apegado a derecho, más aún cuando la ratificación de la detención es la primera parte de la audiencia inicial, y una vez realizada se continuaría con la formulación de imputación, la solicitud de la vinculación por parte del Ministerio Público y la posible petición de imposición de medidas cautelares, actos todos que son gravísimos para el indiciado y que no podría captar con toda plenitud de estar cansado, dificultándole una defensa adecuada.

De imperar el criterio que el control de la detención debe hacerse en forma inmediata, lo adecuado es que se hiciera una reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales en la que se separe la audiencia de control de detención de la audiencia inicial, para que aquella se lleve a cabo por el Juez de Control con la presencia del

Ministerio Público que hace la consignación, el imputado llevado en forma directa a la sala de juicios orales, un defensor y un asesor jurídico de la víctima que sean públicos para esa única audiencia, y, una vez que se hubiera ratificado la detención, señalar una hora adecuada para continuar con la audiencia inicial, y así causarle el menor daño posible al indiciado.

Sin embargo en la audiencia de control se discutirían dos cuestiones graves para el indiciado: La primera es si la detención fue legal y la segunda la imposición de medidas cautelares para garantizar que se presentará a la audiencia inicial, con las dificultades ya anotadas.

3.2 RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN.

El Artículo 149 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece: “En los casos de flagrancia, el Ministerio Público deberá examinar las condiciones en las que se realizó la detención inmediatamente después de que la persona sea puesta a su disposición. Si la detención no fue realizada conforme a lo previsto en la Constitución y en este Código, dispondrá la libertad inmediata de la persona...”, es decir, que el Ministerio Público es el primer obligado para verificar la legalidad de la detención, por su parte el artículo 16 de la Constitución Federal en su párrafo séptimo establece que: “...En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley...”, concordando con lo dispuesto por el Artículo 308 párrafos uno y dos del Código Nacional que establece: “...Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención...El Ministerio Público

deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla...”, por lo que el Juez de Control deberá ratificar la legalidad de la detención verificando:

1º Si existió la flagrancia, cuasiflagrancia o se justifica el caso urgente, basado en las afirmaciones que haga el Ministerio Público, y los datos de prueba que afirme obran en la carpeta de investigación, teniendo el deber de lealtad. Cualquier dato falso o alterado lo podrá controvertir la defensa, quién deberá contar con una copia de dicha carpeta, antes de la audiencia y con tiempo suficiente para su estudio;

2º Verificar la retención, es decir, el tiempo que la policía tuvo a su disposición al detenido y lo puso a disposición del Ministerio Público;

3º Verificar que la puesta a disposición del Ministerio Público al Órgano Jurisdiccional se realizó dentro del término de las 48 horas que marca la Constitución;

4º Verificar si se encuentran reunidos los requisitos de procedibilidad; y

5º Verificar que se le hicieron saber sus derechos desde su detención.

3.3 NO RATIFICACIÓN DE LA RETENCIÓN.

3.3.1 LIBERTAD. Cualquiera de los cuatro primeros requisitos señalados que no se cumplan originará que no se ratifique la detención, ordenar su inmediata libertad.

El no haberle hecho saber sus derechos, es criterio de los Tribunales Colegiados que no invalida la detención si se reúne los demás requisitos, por lo que no se debe dejar en libertad, pero, lo que sí invalida son las pruebas que se obtuvieron por no haberle hecho saber sus derechos.

3.3.2 MALAS PRÁCTICAS.- En algunos Estados de la República se han observado malas prácticas que violan el debido proceso, y han ocasionado que, no obstante no haberse ratificado la detención continúan con la audiencia sin que sea puesto en libertad al indiciado, como se expone en los siguientes apartados:

3.3.2.1 Solicitud de Orden de aprehensión por otro Ministerio Público.

En algunos Estados, entre el público asiste a la audiencia inicial otro Ministerio Público quien, al darse cuenta de que el Juez de Control no ratifica la detención, inmediatamente sale de la sala y solicita otra audiencia ante otro Juez de Control y con copias de la carpeta de investigación, le solicita la orden de aprehensión, la cual, de acordarse procedente, ocasiona la detención del indiciado apenas sale a la calle.

3.3.2.2. Continuación de la audiencia por voluntad de las partes.

Después de que no se ratifica la detención el Ministerio Público solicita al Juez de Control que, en virtud de que se encuentra presente al indiciado se pase a la formulación de la imputación, lo que pone a consideración de la defensa y al aceptar se continúa con la audiencia, posteriormente, el Ministerio Público solicita la medida cautelar de prisión preventiva, la que, cuando es concedida no deja en libertad al imputado.

3.3.2.3 Continuación de la audiencia de oficio.

En otros Estados se ordena que se continúe la audiencia inicial de forma oficiosa por el Juez de Control, con el argumento de que se encuentran presentes las partes para formular la imputación, con las mismas consecuencias anteriores.

Estas 3 prácticas violan el debido proceso, las dos primeras por no existir ratificación de la detención, ni orden de aprehensión o cita judicial o comparecencia, y en la última por originar una duplicidad de expedientes, pues un mismo asunto queda radicado con dos números distintos, por lo que debe sobreseerse el segundo asunto, ya que, como lo establece el artículo 23 Constitucional nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, siendo aplicable el criterio de los Tribunales Federales que dice: **“DETENCIÓN DEL INCULPADO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. SI EL JUEZ DE GARANTÍA QUE CELEBRÓ LA AUDIENCIA DE CONTROL RELATIVA, DETERMINÓ QUE FUE ILEGAL PORQUE NO EXISTIÓ FLAGRANCIA, ORDENANDO SU INMEDIATA LIBERTAD, Y DICHA RESOLUCIÓN NO ES IMPUGNADA POR LAS PARTES, EL DIVERSO JUEZ DE GARANTÍA QUE PRESIDE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN Y VINCULACIÓN A PROCESO NO PUEDE VOLVER A ANALIZAR LA LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE AQUÉLLA, POR SER UNA CUESTIÓN DECLARADA FIRME (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).** Los artículos 75 y 331 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua establecen, respectivamente, que los actos que impliquen violación de derechos fundamentales, ejecutados con inobservancia de las formas, no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas previstas en dicho código;

asimismo que los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito o no fueran incorporados al proceso conforme al propio código. Ahora bien, **si el Juez de Garantía que celebró la audiencia de control de la detención del imputado, determinó que ésta fue ilegal, porque no existió flagrancia**, en virtud de que se interrumpió la persecución de aquél, ordenando su inmediata libertad, y dicha determinación no fue combatida por el Ministerio Público ni por la víctima u ofendido del delito, esa decisión, al no haber sido impugnada, constituye una determinación firme y en consecuencia, lo relativo a la legalidad o ilegalidad de la detención por existir flagrancia, **no puede volver a ser analizada por el diverso Juez** de Garantía que preside la audiencia de formulación de la imputación y vinculación a proceso (**ni** aun bajo el argumento de estudiar lo relativo al **incidente de nulidad** de los datos de prueba que pudiera interponer el defensor), ya que para resolver lo conducente debe partir de la determinación de firmeza del pronunciamiento de calificación de la detención; además, atento al **principio de seguridad jurídica**, la autoridad que presidió la audiencia de formulación de la imputación y vinculación a proceso sólo debe ocuparse de las cuestiones que fueron sometidas a su consideración, pues no debe realizar un nuevo pronunciamiento en relación con lo resuelto en la diversa audiencia de control de la detención, en la que además de no haberla presidido, tampoco tuvo conocimiento de los datos que obran en la carpeta de investigación que sustentaron la determinación del diverso Juez de Garantía pues, de lo contrario, ello constituiría una transgresión al principio de inmediatez que rige el proceso penal acusatorio adversarial; de ahí que, al existir un pronunciamiento previo en el que expresamente se decretó la ilegalidad de la detención del imputado por diverso Juez de Garantía, que no fue impugnada, se está ante una cuestión consentida por las partes, sin que le sea permitido a la autoridad que presidió la audiencia de formulación de la imputación revocar dicha

determinación, al no estar legalmente facultada para ello”. Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito. Amparo en revisión 203/2015. 6 de noviembre de 2015. Unanimidad de votos. Décima Época. Registro: 2010945. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 26, Enero de 2016, Tomo IV. Materia(s): Penal. Tesis: XVII.2o.P.A.18 P (10a.). Página: 3315.

En consecuencia, lo que procede es dejarse en libertad, y posteriormente solicitar una orden de aprehensión, para continuar con el procedimiento.

4. ORDEN JUDICIAL.

Cuando no se es detenido en flagrancia o no es ratificada la detención, procede una de las tres resoluciones siguientes:

4.1 Girar una orden de aprehensión.

Los motivos y fundamentos para girar una orden de aprehensión han cambiado.

En el sistema mixto tradicional la prisión preventiva era la regla, bastaba que el tipo penal tuviera contemplada como sanción una pena de prisión, aunque fuera mínima, como se desprende del Artículo 18 de la Carta Magna al disponer que: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva”, y que existieran pruebas que acreditaran el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculpaado y para obtener la libertad era necesario otorgar una fianza económica, que garantizaba tres conceptos: Las posibles multas previstas en la

pena, cumplir con las obligaciones que fijaba el Juzgado y el pago de la posible reparación del daño, el cual, en ocasiones era inflado con presupuestos o peritajes muy elevados difíciles de desvirtuar y llevaba tiempo para lograrlo, lo que implicaba permanecer un cierto tiempo en prisión, lo que era una presión para el inculcado y su familia, sin cumplirse con lo ordenado en el citado artículo 18 el cual dispone que la prisión de los procesados: “...El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados...Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”, pues en todos los casos son enviados al “Centro de **Ejecución de Sanciones**” en donde quedan a expensas de los delincuentes ya condenados, lo que hizo que el procedimiento se volviera una forma de cobro de deudas civiles y mercantiles, pues los abogados alteraban los hechos para hacerlos aparecer como los delitos de fraudes y abusos de confianza, o hacían impagables fianzas por daños en propiedad por hechos de tránsito, y el pago de alimentos con fechas muy atrasadas, donde es prácticamente imposible demostrar al indiciado que si dio durante todos esos años y sólo dejó de hacerlo al abandonar el domicilio conyugal, motivo por el cual se que saturó los penales con procesados y no con sentenciados.

Hoy, la prisión preventiva y la orden de aprehensión para cumplirla son excepcionales, según el artículo 19 del Código Nacional de Procedimientos Penales que establece “...La prisión preventiva será de carácter excepcional...”, y no se basa en el simple hecho que el delito tenga señalada pena corporal, ni siquiera que sea un delito grave, con excepción de los previstos en el artículo 19 Constitucional y el 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se basa en cuatro conceptos que no tienen que ver con cuantías económicas, como lo establecen estos artículos, el primero

que dice: “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la **comparecencia** del imputado en el juicio, el desarrollo de **la investigación**, **la protección** de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo **procesado** o haya sido **sentenciado** previamente por la comisión de un delito doloso”, es decir que son para:

- 1.- Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio;
- 2.- Garantizar el desarrollo de la investigación;
- 3.- Garantizar la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; y
- 4.- Que el imputado no esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

De manera que la orden de aprehensión y la medida cautelar, no sólo la deberá solicitar el Ministerio Público ante el Juez de Control, sino que deberá establecer con qué datos de prueba cuenta para acreditar una de las cuatro causas, de no solicitarlas o no acreditar uno de esos motivos, dará lugar a que no se libere dicha orden o no se fije medida alguna.

4.2 Cita judicial.

Procede cuando no se reúnen los requisitos anteriores según lo dispone el Artículo 141 Fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales: “Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que

establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar: I. Citatorio al imputado para la audiencia inicial...”, y, como la prisión preventiva es la excepción, la cita judicial será la más común de utilizar.

4.3 Orden de comparecencia.

El mismo artículo 141 fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece que la Orden de Comparecencia procederá cuando el indiciado “...habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna...”, y sólo es decir para presentarlo directamente a la sala, sin ser internado en la cárcel preventiva y llevar a cabo la audiencia.

5. DETENCIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA.

Otro tema delicado es determinar cuándo puede ser detenida una persona para que cumpla con la pena impuesta en la sentencia.

El artículo 180 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que: “Cuando el sentenciado recurra la sentencia condenatoria, continuará el seguimiento de las medidas cautelares impuestas hasta que cause estado la sentencia...”, de lo cual se desprenden dos supuestos, que la sentencia cause ejecutoria, y el segundo es que el sentenciado no recurra la sentencia condenatoria, lo que considero es un error de redacción, ya que, si quien interpone el recurso lo es el Ministerio Público, el ofendido o su asesor jurídico, la medida cautelar ya no surtirá sus efectos, y se le podría detener, por lo que prácticamente se le obliga a apelar para evitar ser detenido, no obstante que esté conforme con la pena impuesta, y pudiera tener derecho a solicitar algún beneficio, pues no lo podría hacer hasta que la sentencia esté firme.

Lo correcto sería que se hiciera una reforma en la cual no se limitara su derecho a que él o su defensor interpusieran el recurso, para seguir gozando del beneficio hasta en tanto no cause ejecutoria la sentencia.

Sin embargo, el que siguiera gozando del beneficio de la libertad después de dictado el fallo, podría traer la falta de cumplimiento de dos objetos del Juicio como lo dispone el Artículo 20 Apartado “A” de la Constitución General de la República, en la forma siguiente:

1º Que el culpable quede impune.- Que puede ocurrir en los casos de penas más graves, pues una vez que el sentenciado tenga conocimiento de que se tuvo por acreditado el hecho y su responsabilidad penal, que la pena prevista para el delito es severa, sería un incentivo para evadir la acción de la justicia aprovechando el recurso interpuesto y el beneficio de la libertad que está gozando, por lo que no se cumpliría con uno de los objetivos previstos en el artículo 20 Apartado “A” fracción I de la Constitución Federal que establece: “El proceso penal tendrá por objeto...procurar que el culpable no quede impune...”, lo que traería como consecuencia mayor desconfianza de la población en el sistema.

Esta situación sería algo frecuente, pues tan solo en los delitos patrimoniales en muchos casos la pena mínima sería de 6 años de prisión, pues se basa en la cuantía de lo lucrado o dañado bastando que exceda de 200 días de salario (\$16,006.00 pesos) en robo y daño en propiedad, 300 días (\$24,009.00 pesos) en fraude y 400 días (\$32,012.00) en abuso de confianza.

Una solución sería hacer una reforma para aplicar el supuesto de la audiencia inicial previsto por el artículo 308.3 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a la audiencia de juicio, que

establece: “Ratificada la detención en flagrancia, caso urgente, y cuando se hubiere ejecutado una orden de aprehensión, **el imputado permanecerá detenido durante el desarrollo de la audiencia** inicial, hasta en tanto no se resuelva si será o no sometido a una medida cautelar...”, además de que el recurso de apelación no suspende los efectos de la sentencia como se desprende del Artículo 67 del mismo ordenamiento denominado resoluciones judiciales, donde dispone que la autoridad judicial “...Dictará sentencia para decidir en definitiva y poner término al procedimiento...”, precisando la fracción VII “...Las que versen sobre sentencias definitivas de los procesos especiales y **de juicio... surtirá sus efectos inmediatamente**...”, además que los jueces deben tener la fuerza legal para que se cumplan sus resoluciones y evitar que los delitos queden impunes, de manera que, cuando ya se demostró la responsabilidad del acusado éste debe quedar en calidad de detenido, ya que habría prueba suficientes para destruir su presunción de inocencia, y no es necesario esperar hasta la resolución de la individualización de la pena, toda vez de que se corre el riesgo de que la persona ya no se presentara a ésta última audiencia.

Además de que el fin de las medidas cautelares es garantizar la comparecencia del acusado al procedimiento, como lo menciona el Artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales que dice: “Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la **presencia del imputado en el procedimiento**...o evitar la **obstaculización del procedimiento**...”, y el artículo 211 del mismo ordenamiento establece: “Etapas del procedimiento penal. El **procedimiento** penal comprende las siguientes etapas” señalando la de investigación, la intermedia y la última señalada en la Fracción III: “...la de Juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta

la sentencia emitida por el Tribunal de Enjuiciamiento...”, es decir, el procedimiento sólo abarca tres etapas y la última termina con la sentencia del Tribunal de Enjuiciamiento dictada en la audiencia de juicio oral, por lo que la apelación no es parte del procedimiento, sino del proceso, como así lo establece el propio artículo en su último párrafo al disponer que “El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme”, y como el beneficio de la medida sólo sería en el procedimiento, entonces sólo abarcaría hasta ésta última etapa, en consecuencia, si sería procedente que al término de la audiencia se procediera a la ejecución de la sentencia, y se detuviera a la persona para que cumpliera la pena y el delito no quede impune, y, por el principio de contradicción sería por medio de un debate de revisión de medidas cautelares por el cambio de situación jurídica, en donde se evalué la posibilidad de que evada la acción de la justicia por lo elevado de la pena, para seguir gozando del beneficio de la medida cautelar, y, de revocarse la sentencia dictada se dejaría en libertad a la persona.

Es cierto que esto le causaría un daño al sentenciado que es declarado inocente, pero no genera el mismo daño que el procedimiento anterior, en el cual todo el tiempo estaba detenido, además de que en éste procedimiento en muy escasas ocasiones quedaría presa la persona pues sólo el 10% llegarían a la audiencia de Juicio Oral, y de éste porcentaje posiblemente en el 1% se detendría a la persona, y no se corre el riesgo de que el 100% quedara impune de resultar responsable.

Por lo tanto, sería necesaria una reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales para evitar la impunidad.

Si se presentan éste tipo de impunidades la ciudadanía no

confiará en el proceso ni en las autoridades.

2º Que los daños causados por el delito no se reparen.- Igualmente, haría nugatorio otro de los objetivos del juicio previsto en el mismo artículo 20 Apartado “A” fracción I de la Constitución Federal, que establece: “El proceso penal tendrá por objeto... procurar...que los daños causados por el delito se reparen...”, ya que, al evadir la acción de la justicia, no sólo traería como consecuencia que el delito quede impune, sino que no se repare el daño causado.

CONCLUSIONES.

1º En el nuevo sistema, por el principio de presunción de inocencia, se cambian las reglas de la prisión preventiva, la cual será la excepción;

2º La calificación de la legalidad de la detención es en audiencia pública, lo que será una presión para los jueces que deben tener el cuidado de aplicar debidamente la ley;

3º Al ponerse a disposición el detenido, sin orden de aprehensión, debe realizarse inmediatamente la fijación de la audiencia inicial para la calificación de la legalidad de su detención y no la calificación misma;

4º Se debe calificar como legal la detención en casos de seguimiento virtual realizado por las cámaras de video vigilancia, por existir la flagrancia;

5º Igualmente se debe calificar de legal la detención en casos de que se entregue voluntariamente el indiciado, recién ocurridos los hechos, por existir flagrancia;

6° Es legal la detención realizada dentro de un domicilio sin orden judicial, cuando existe riesgo para sus moradores;

7° El tiempo para poner al detenido a disposición del Ministerio Público varía de acuerdo con las circunstancias, pero se tendrá que justificar, momento a momento, si es muy prolongada;

8° De determinar que la detención fue ilegal, se debe ordenar la libertad del indiciado y no permitir malas prácticas que impidan su cumplimiento;

9° El exceso en la retención por los policías aprehensores no destruye la flagrancia, pero sí las pruebas obtenidas, y será motivo de responsabilidad;

10° Girar una orden de aprehensión también será en forma excepcional, y

11° Se debe hacer una reforma para dar cumplimiento a la sentencia con el fin de evitar la impunidad, permitiendo la detención del sentenciado concluida la audiencia de juicio.

BIBLIOGRAFIA:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Diario Oficial de la Federación.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.- Diario Oficial de la Federación.
- Semanario Judicial de la Federación. Jurisprudencias y tesis jurisprudenciales.
- BENAVENTE CHORRES Hesbert e HIDALGO MURILLO José Daniel.- Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado.- Editorial Flores.- Marzo del 2014.

ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS RECURRIDAS DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL MEXICANO

Carlos Manuel Rosales*

RESUMEN

El presente trabajo expone un análisis de las apelaciones interpuestas por las resoluciones administrativas que ha emitido el Consejo de la Judicatura Federal Mexicano en los casos que sancionaron a jueces y magistrados federales. Estas resoluciones fueron recurridas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, generando diversa jurisprudencia que ha definido el sentido y alcance de las actuaciones y sanciones del Consejo de la Judicatura Federal.

PALABRAS CLAVES

Magistratura, sanción, apelación, sentencia, jurisprudencia.

ABSTRACT

The present work exposes an analysis of the appeals interposed by the administrative resolutions that has issued the Mexican Council of the Federal Judicature in the cases that they sanctioned to judges and federal justices. These resolutions were addressed before

*Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Magister y Doctorado en la Universidad de Chile.

the Supreme Court of Justice of the Nation, generating diverse jurisprudence that has defined the sense and determination of the actions and sanctions of the Council of the Federal Judicature.

KEYWORDS

Magistracy, sanction, appeal, judgment, jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

Al instaurarse el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) a finales de 1994, se estableció que esta nueva autoridad sería la responsable de decidir la designación, adscripción y remoción de los titulares de los órganos jurisdiccionales federales,¹ y que sus resoluciones podrían ser susceptibles de revisión administrativa por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Asimismo, se estableció que sería la SCJN la institución responsable de revisar las resoluciones administrativas del CJF. Por lo que la Corte señaló los principios esenciales que rigen a este medio de impugnación:

1. El respeto a la garantía de audiencia, que sólo puede cumplirse cabalmente cuando el afectado tiene oportunidad de invocar en su defensa todos los argumentos y razones que sean de su interés en contra de la resolución recurrida, así como de ofrecer y desahogar todas las pruebas que legalmente procedan; y,
2. La seguridad al Juez o Magistrado recurrentes de que la decisión correspondiente será examinada con apego a Derecho por los dos órganos máximos del Poder Judicial Federal, finalidad fundamental del establecimiento de este recurso administrativo.²

¹Artículo 100 Constitucional, párrafo octavo: "Las decisiones del Consejo serán definitivas e inatacables y, por lo tanto, no procede juicio ni recurso alguno, en contra de las mismas, salvo las que se refieran a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, las cuales podrán ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia, únicamente para verificar que hayan sido adoptadas conforme a las reglas que establezca la ley orgánica respectiva".

²Revisión administrativa. RECURSO CONTRA RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE

Por lo que la Corte tiene atribuciones para realizar un análisis completo y minucioso, tanto del procedimiento que se hubiere llevado a cabo, así como de los hechos, pruebas, motivos y fundamentos que sustentan la resolución del CJF, y poder determinar si se cumplieron los requisitos exigidos por la ley, sean de fondo o de forma.

De esta manera, a partir del funcionamiento del Consejo, la SCJN ha establecido un conjunto de 33 jurisprudencias, en las que se ha definido los requisitos formales que deben contener estas revisiones administrativas, los tiempos de presentación, el fondo que deben tratar, la procedibilidad, los alcances, entre varios temas más.

Este trabajo tiene como finalidad analizar los recursos administrativos en comento; por lo que se decidió ordenarlos por su especie, para entender estas impugnaciones de una manera más explícita y ordenada.

En el primer apartado, se analizarán cuáles son los requisitos que deben tener las resoluciones; en segundo término, se presentará que elementos adjetivos de procedibilidad que necesitan para su buen desahogo; a continuación, se examinarán las revisiones administrativas, en materia de los concursos de oposición para ocupar las vacantes a juez de distrito; posteriormente, se examinarán las revisiones, que tuvieron como origen las visitas judiciales; por último, se exhibirán los efectos de la remoción de un magistrado. Por lo que a continuación, este trabajo empezará con el análisis de los requisitos que deben poseer las revisiones administrativas del CJF.

NATURALEZA Y REQUISITOS DE LAS RESOLUCIONES DEL CJF

El recurso de revisión administrativa tendrá como único objeto que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determine si el CJF nombró, adscribió, readscribió o removió a un Magistrado de Circuito o Juez de Distrito, con estricto apego a los requisitos formales previstos en la propia ley, o en los reglamentos interiores y acuerdos generales expedidos por el propio Consejo; por tanto, el recurrente debe formular sus agravios de tal manera que exprese el fundamento legal infringido, el motivo por el cual estima que la autoridad no se ajustó a la disposición aplicable y el acuerdo o parte de la resolución en que se cometió la violación.³

Uno de los factores para la validez de las resoluciones del CJF, es que deben ser tomadas por “mayoría calificada” o sea por lo menos por cinco Consejeros, teniendo voto de calidad el Consejero Presidente; pero esto solo en los supuestos de las fracciones I, II, VII, VIII; XI, XII, XV, XVI, XVII, XXV, XXVI y XXXVI del artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF).⁴

Asimismo, la SCJN ha declarado que los antecedentes contenidos en el recurso de revisión no pueden causar agravio alguno a las partes interesadas, precisamente porque son una simple reseña del asunto y, en todo caso, son la parte considerativa y los puntos decisorios de la resolución los que eventualmente

³ Revisión administrativa. LOS AGRAVIOS EXPUESTOS EN ESE RECURSO DEBEN REUNIR LOS REQUISITOS NECESARIOS QUE PERMITAN SU ANÁLISIS. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Febrero de 1999; Pág. 42. P. XIV/99.

⁴ Revisión administrativa. LAS DECISIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL QUE LA LEY LE IMPONE TOMAR POR “MAYORIA CALIFICADA” REQUIEREN, PARA SU VALIDEZ, DE CINCO VOTOS EN UN SOLO SENTIDO, CUANDO MENOS. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; V, Marzo de 1997; Pág. 260.

pueden afectarlas, ya que en éstos es donde la autoridad analiza la materia de la litis, valora las pruebas y emite su juicio.⁵

Asimismo, la SCJN ha señalado que son inoperantes los conceptos de agravio expuestos en el recurso de revisión administrativa que no tienden a combatir los fundamentos y consideraciones en que se sustenta la resolución recurrida, por no ser materia de la *litis* y sobre lo cual no existe pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa.⁶

También, la Corte ha establecido que es causa de responsabilidad para los servidores públicos que se rigen por la LOPJF, el realizar nombramientos infringiendo las disposiciones generales correspondientes.⁷ De manera particular, la SCJN declaró que si un Juez de Distrito otorgase un nombramiento sin cumplir las exigencias previstas en las disposiciones generales aplicables, incurriría en una causa grave de responsabilidad.⁸

Por último, la Suprema Corte de Justicia ha asentado la subsistencia de la revisión administrativa aunque fallezca el recurrente en este proceso, esto en caso de haberse declarado

⁵Revisión administrativa. LOS AGRAVIOS EXPUESTOS EN DICHO RECURSO EN CONTRA DE LOS RESULTANDOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA SON INOPERANTES. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Febrero de 1999; Pág. 41.

⁶Revisión administrativa. SON INOPERANTES LOS AGRAVIOS PLANTEADOS EN ESE RECURSO, SI NO COMBATEN LOS FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XIV, Septiembre de 2001; Pág. 9.

⁷El artículo 136, párrafo segundo, de la LOPJF establece que se considerarán como faltas graves, el incumplimiento de las obligaciones señaladas en las fracciones I a VI del artículo 131 de la misma ley.

⁸Revisión administrativa. EL NOMBRAMIENTO OTORGADO EN CONTRAVENCIÓN A LAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES CONSTITUYE CAUSA GRAVE DE RESPONSABILIDAD. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Febrero de 1999; Pág. 40.

fundado el recurso de revisión. Esto da lugar a que el Consejo deje sin efectos la resolución recurrida y en su lugar, emita una nueva acorde con los lineamientos que se den en la ejecutoria que señaló la Corte; Consecuentemente, el fallecimiento del servidor público, no puede provocar la improcedencia del recurso o dejarlo sin materia, en tanto que la eventual nulidad que llegara a decretarse, generaría un derecho para exigir el pago de las percepciones correspondientes.⁹

PROCEDIBILIDAD

El recurso de revisión administrativa procede (entre otros casos) en contra de las decisiones del CJF que se refieran a la remoción de Magistrados o Jueces de Distrito. De una interpretación gramatical, esto es, atendiendo únicamente al significado, sentido, extensión y connotación de los términos del lenguaje, se llega a la conclusión de que el vocablo “remoción”, a que se refieren los citados preceptos, significa deponer o apartar del cargo o empleo. Por lo que se advierte, que indistintamente unos aluden a la remoción y otros a la “destitución”, para identificar en cualquiera de los casos la privación del cargo que poseía.¹⁰

El recurso de revisión administrativa permite la posibilidad de impugnar las decisiones del Consejo, en las que se resuelva sobre la designación, adscripción, cambio de adscripción o remoción de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, para verificar que hayan sido adoptadas conforme a las reglas que establezca la ley, los reglamentos interiores y los acuerdos generales expedidos por el propio CJF. En consecuencia, en este tipo de recursos no

⁹Revisión administrativa. EL FALLECIMIENTO DEL RECURRENTE NO PROVOCA LA IMPROCEDENCIA DE DICHO RECURSO. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Febrero de 1999; Pág. 39.

¹⁰Revisión administrativa. LA DESTITUCIÓN DEL CARGO DE MAGISTRADO O JUEZ DE DISTRITO SIGNIFICA SU REMOCIÓN, POR LO QUE LA RESOLUCIÓN QUE LA DECRETA ES IMPUGNABLE MEDIANTE ESE RECURSO. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Febrero de 1999; Pág. 41.

puede impugnarse algún otro tipo de actos o para otros efectos, por lo que en este medio de defensa resulta improcedente plantear la inconstitucionalidad de normas, aunque sean las que funden la resolución recurrida.¹¹

El término para interponer el recurso de reclamación en contra de los acuerdos dictados por el presidente de la Suprema Corte durante la tramitación del recurso de revisión administrativa, se debe tener como tal, el término genérico de tres días¹² contados a partir del día siguiente al en que surta efectos la notificación del acuerdo.¹³

Es fundamental para la SCJN, que el apelante haya contado con la posibilidad de poder presentar pruebas y alegatos en el proceso administrativo incoado, para expresar lo que a su derecho convenía sobre su actuación en el cargo público que detentaba para efectos de su ratificación. Así, el ocurrente estuvo en aptitud de controvertir, desvirtuar o hacer las aclaraciones pertinentes respecto de todos aquellos elementos que obraban en el expediente y que serían tomados en consideración por el CJF para emitir su resolución, con lo que debe considerarse que se respetó la garantía de audiencia.

Entre las sanciones que puede imponer el CJF se encuentran la amonestación (privada o pública). Sin embargo, la SCJN ha sentenciado que en virtud de que la sanción consistente en la **amonestación pública** a Magistrados y Jueces es un acto que en modo alguno se ubica en los supuestos excepcionales de procedencia del recurso de revisión administrativa, como son

¹¹Revisión administrativa. RECURSO DE. EN ESTE MEDIO DE DEFENSA NO PUEDE PLANTEARSE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XI, Marzo de 2000; Pág. 107.

¹²Artículos 297, fracción II, 284 y 321 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicados supletoriamente.

¹³RECLAMACIÓN. TÉRMINO PARA INTERPONERLA EN LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; V, Mayo de 1997; Pág. 170.

los correspondientes a su nombramiento, adscripción, cambios de adscripción y remoción, es improcedente dicho medio de impugnación para combatir dicha sanción.¹⁴ En el mismo tenor, la Corte consideró que la **suspensión temporal** impuesta a los titulares de los órganos jurisdiccionales federales, no puede equipararse a una remoción o a una destitución, debido a que no conlleva la terminación de la relación laboral; en todo caso, constituye un acto de molestia en su esfera jurídica que no es privativo, porque transcurrido el plazo de la suspensión el sancionado regresa a desempeñar su encargo.¹⁵

En cuanto los medios de defensa, la Corte estableció que si se formula una revisión administrativa en contra de una resolución del Consejo ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, considera que es procedente, pero advierte que se expresan conceptos de nulidad completamente ajenos al interés jurídico del promovente, debe considerarlos inoperantes.¹⁶

Por regla general, en el derecho procesal se han aceptado tres supuestos básicos que autorizan la ampliación y que recogen diversos ordenamientos: a) cuando se haga valer dentro del plazo para ejercer la acción principal; b) cuando no existiendo plazo determinado para ejercer la acción principal, la ampliación se hace valer con posterioridad pero antes de que se fije la *litis*

¹⁴Revisión administrativa. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA SANCIÓN CONSISTENTE EN LA AMONESTACIÓN PÚBLICA IMPUESTA A MAGISTRADOS Y JUECES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Noviembre de 1999; Pág. 44.

¹⁵Revisión administrativa. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA SANCIÓN CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN TEMPORAL IMPUESTA A MAGISTRADOS Y JUECES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.[TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Noviembre de 1999; Pág. 44.

¹⁶ Revisión administrativa. LOS CONCEPTOS DE NULIDAD AJENOS AL INTERES JURIDICO DEL PROMOVENTE SON INOPERANTES. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; V, Febrero de 1997; Pág. 131.

contestatio; y c) cuando en virtud del informe o contestación de demanda se aprecien elementos nuevos de los que no tenía conocimiento el actor y que guardan relación con la litis planteada. En el caso de la revisión administrativa, puede apreciarse que las normas relacionadas no prevén expresamente la ampliación para ese medio de defensa;¹⁷ sin embargo, la Corte atendiendo a los principios generales de derecho y a la normatividad,¹⁸ estimó que no existe impedimento para que se amplíen los agravios, siempre y cuando no haya fenecido dicho plazo, pues todavía se está dentro del plazo legal para ejercer la acción principal, por ende, no se ha fijado la *litis contestati*.¹⁹

Asimismo, la Corte considera que si debe admitirse la ampliación de agravios en el recurso de revisión administrativa previsto,²⁰ aun después de fenecido el plazo legal para ejercer la acción principal, cuando el recurrente tuvo conocimiento del acto impugnado hasta que se le da vista con el informe rendido por el representante del Consejo de la Judicatura Federal, pues a ningún fin práctico conduciría ordenar a ese órgano que practique la notificación omitida, para dar la posibilidad al promovente de controvertir la determinación impugnada, cuando ésta ya le fue dada a conocer a través del informe mencionado y combatida mediante el escrito de ampliación.²¹

¹⁷ Artículos 100, párrafo octavo, de la Constitución y del 122 al 128 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

¹⁸ Artículo 124 de la LOPJF.

¹⁹ Revisión administrativa. PROCEDE LA AMPLIACIÓN DE LOS AGRAVIOS AUNQUE HAYA FENECIDO EL PLAZO LEGAL PARA EJERCER LA ACCIÓN PRINCIPAL, PERO SÓLO EN LA PARTE DEL ACTO IMPUGNADO QUE EL RECURRENTE HAYA CONOCIDO CON MOTIVO DEL INFORME DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XV, Marzo de 2002; Pág. 6.

²⁰ Artículo 124 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

²¹ Revisión administrativa. PROCEDE LA AMPLIACIÓN DE LOS AGRAVIOS AUNQUE HAYA FENECIDO EL PLAZO LEGAL PARA EJERCER LA ACCIÓN PRINCIPAL, PERO SÓLO EN LA PARTE DEL ACTO IMPUGNADO QUE EL RECURRENTE HAYA CONOCIDO CON MOTIVO DEL INFORME DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA

Sobre la suplencia en la deficiencia de los agravios, la SCJN ha advertido que tratándose de que al ser funcionarios cuyo encargo los obliga a conocer de la función jurisdiccional, las instituciones procesales y los medios de defensa instituidos en las leyes, no debe regir la suplencia de la deficiencia de los agravios. Esto porque no existe disposición expresa que así lo permita y porque sería contrario a la propia y especial naturaleza de este medio de defensa, y a los fines que persigue, en cuanto que en éste debe valorarse, precisamente, la actuación y capacidad del servidor público y de aceptarse, implicaría un reconocimiento tácito de ineptitud e ineficiencia.²²

IMPUGNACIONES POR LAS DECISIONES EN LOS CONCURSOS PARA JUEZ DE DISTRITO

Al contemplar el artículo 100, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el recurso de revisión administrativa (entre otros casos) puede impugnar las resoluciones sobre designación de Jueces de Distrito y otorga legitimación para promoverlo, a quienes participaron en el concurso. Debe inferirse que ello se circunscribe a la afectación de los intereses jurídicos de los mismos, a saber, que no fueron favorecidos por la designación, considerando tener derecho a ello respecto de los designados, sin que proceda interponer ese medio de defensa cuando no se produce esa afectación.²³

FEDERAL. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XV, Marzo de 2002; Pág. 6.

²² Revisión administrativa. NO PROCEDE SUPLIR LA DEFICIENCIA DE LOS AGRAVIOS PLANTEADOS EN ESE RECURSO. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XIV, Septiembre de 2001; Pág. 6.

²³ Revisión administrativa. EN CONTRA DE RESOLUCIONES DE DESIGNACION DE JUECES DE DISTRITO POR EL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL. LOS PARTICIPANTES EN EL CONCURSO RELATIVO ESTAN LEGITIMADOS EN CUANTO SE AFECTE SU INTERES JURIDICO. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; V, Febrero de 1997; Pág. 129.

Uno de los objetivos del recurso de revisión administrativa es garantizar la legalidad de la designación de que se trate, esto es, que se efectúe siguiendo los criterios acordes con los principios de excelencia, imparcialidad, profesionalismo e independencia, resulta procedente el promovido por el aspirante que hubiese sido rechazado y no pudo continuar con la segunda etapa del concurso de oposición interno, pues de otra manera se podría dar lugar a que en una eliminación primaria se negara el acceso al concurso a los funcionarios que cumplieran con todos los requisitos exigidos, sin base para ello, impidiéndoles indefinidamente el ascenso que buscan, sin darles oportunidad de defenderse.²⁴

También, se instituyó que si las bases de un concurso de oposición para la designación de Jueces de Distrito establecen como requisito la obtención de una calificación mínima en los exámenes que deberán sustentar los participantes en forma individual para estar en posibilidad de acceder a las designaciones, el agravio planteado en la revisión administrativa por el participante que no resultó vencedor al no satisfacer tal requisito, respecto a irregularidades en las actas de evaluación de los exámenes de otros participantes debe considerarse inoperante, pues la legalidad de la calificación otorgada a éstos no le causa afectación a su interés jurídico, porque en nada varía la calificación que obtuvo y que lo descalificó para resultar vencedor en el concurso, ya que cada uno de los participantes sustentó en lo individual su examen y fue objeto de una calificación particular e independiente de la de los demás.²⁵

²⁴ Revisión administrativa. ES PROCEDENTE EL RECURSO INTENTADO POR UN ASPIRANTE QUE FUE RECHAZADO EN LA PRIMERA ETAPA DE UN CONCURSO DE OPOSICIÓN PARA LA DESIGNACIÓN DE JUECES DE DISTRITO. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Noviembre de 1999; Pág. 45.

²⁵ Revisión administrativa. ES INOPERANTE EL AGRAVIO RELATIVO A IRREGULARIDADES EN LAS ACTAS DE EVALUACIÓN DE EXÁMENES DE OTROS PARTICIPANTES EN UN CONCURSO DE OPOSICIÓN PARA LA DESIGNACIÓN DE

El criterio con el que los integrantes del Comité Técnico del CJF califican el examen relativo a alguna etapa de un concurso de oposición para la designación de Jueces de Distrito o Magistrados de Circuito, no puede ser revisado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que ello equivaldría a sustituirse al indicado comité y realizar la evaluación de un examen, la cual sólo está encomendada a quienes se determine en las bases del concurso. En todo caso, al analizar la Corte la legalidad de las bases del concurso podrá determinar si los requisitos que se imponen se ajustan o no a la excelencia, objetividad, imparcialidad y profesionalismo de la función jurisdiccional, tomando en cuenta la equidad de circunstancias de los participantes, de manera que no se concedan ventajas a alguno de ellos en detrimento de otro al evaluar tanto las condiciones del examen como los requisitos de selección de quien ha de ocupar los cargos referidos, pero no se puede, jurídicamente, determinar si las calificaciones otorgadas a cada concursante fueron o no correctas, de manera que los agravios que se expresen en un recurso de revisión administrativa encaminados a cuestionar la forma de evaluar los exámenes, resultan inoperantes.²⁶

El recurso de revisión administrativa en contra de los nombramientos o designaciones de Jueces de Distrito hechas por el CJF, con base en un concurso por oposición (único procedimiento que constitucional y legalmente que se encuentra reconocido); cuenta con situaciones excepcionales para proceder a hacer esos nombramientos a través de un concurso de méritos; igualmente

JUECES DE DISTRITO, SI EL RECURRENTE NO OBTUVO LA CALIFICACIÓN MÍNIMA EXIGIDA. [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXI, Abril de 2005; Pág. 744.

²⁶AGRAVIOS EN LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA. SON INOPERANTES LOS QUE CUESTIONAN EL CRITERIO MEDIANTE EL CUAL EL COMITÉ TÉCNICO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL CALIFICA UN EXAMEN RELATIVO A ALGUNA ETAPA DE UN CONCURSO DE OPOSICIÓN PARA LA DESIGNACIÓN DE JUECES DE DISTRITO O MAGISTRADOS DE CIRCUITO. [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXIX, Abril de 2009; Pág. 616.

procede el referido recurso, pues el mismo tiende a salvaguardar el pleno respeto a los principios de la carrera judicial, los cuales, a su vez, tienden a garantizar, por un lado, que la sociedad cuente con funcionarios judiciales de excelencia cuya selección se base en un sistema riguroso que estudie la trayectoria pública, la preparación, las cualidades éticas y la vocación jurídica de los concursantes, así como el respeto que la sociedad tenga por quienes llegan a tan importantes cargos; y, por otro, que estas personas tengan la confianza de que sólo su mérito y desempeño profesional, con exclusión de cualquier otro elemento de índole diversa, serán los factores que determinen su ubicación en el cuerpo judicial. De no aceptar dicha procedencia, se admitiría que precisamente las designaciones que se hicieran apartándose del sistema establecido en la Constitución y en la ley, así fuera por situaciones excepcionales, resultarían inimpugnables y, por lo mismo, válidas, lo que resulta inaceptable por oponerse a las reglas de la carrera judicial establecida por la Constitución.²⁷

Sobre el mismo tema, la Corte al examinar la revisión administrativa en contra de una resolución por la que se hizo la designación de Jueces de Distrito a través de un concurso de méritos y que no se le notificó al recurrente, (habiéndose éste ostentado sabedor de la misma); se advierte que no obstante impugnarse de ilegal por falta de fundamentación y motivación, en relación con la exclusión del promovente, los elementos aportados con el informe del Consejo de la Judicatura Federal resultan insuficientes para demostrar que se cumplió con ese requisito, por no contener, de manera minuciosa, el procedimiento de evaluación comparativa que permitió determinar que debió excluirse por tener menores

²⁷ Revisión administrativa. ES PROCEDENTE EN CONTRA DE LA DESIGNACION DE JUECES DE DISTRITO A TRAVES DE UN CONCURSO DE MERITOS. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; V, Febrero de 1997; Pág. 130.

méritos que todos los designados, debe declararse la nulidad para el efecto de que el referido Consejo, *dicte una nueva resolución subsanando esa irregularidad, lo que permitirá, incluso, reexaminar la cuestión para determinar, con la fundamentación y motivación especificadas*; si el promovente del recurso debió ser correctamente excluido por tener inferiores méritos a todos los designados, o si debió ser designado, ya sea por tenerlos superiores a alguno, en cuyo caso deberá decretarse la sustitución correspondiente, o iguales, al menos respecto de uno, lo que conducirá a designarlo en adición a los nombrados.²⁸

IMPUGNACIONES POR VISITAS JUDICIALES

Las irregularidades de órganos jurisdiccionales distintos al en que fungió como titular el recurrente no sirven para calificar su actuación en el cargo público. Esto se debe al hecho de que aunque otros Juzgados de Distrito tuvieran irregularidades similares al del que era titular el recurrente, no es una circunstancia que lo justifique o que desvirtúe los hechos asentados en las actas de visita correspondientes al órgano jurisdiccional del que estaba a cargo, pues tal problema podría afectar a los titulares de los otros órganos pero no favorecen al de aquel que está ante el análisis de su actuación para determinar si es o no ratificado.²⁹

²⁸ Revisión administrativa. EN CONTRA DE NOMBRAMIENTOS DE JUECES DE DISTRITO POR MEDIO DE UN CONCURSO DE MERITOS. SI LA RESOLUCION NO SE ENCUENTRA SUFICIENTEMENTE FUNDADA Y MOTIVADA, DEBE DECLARARSE SU NULIDAD PARA EL EFECTO DE QUE SE DICTE OTRA EN LA QUE SE SUBSANE LA IRREGULARIDAD. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; V, Febrero de 1997; Pág. 128.

²⁹ Revisión administrativa. RECURSO DE. LAS IRREGULARIDADES DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES DISTINTOS AL EN QUE FUNGIÓ COMO TITULAR EL RECURRENTE NO SIRVEN PARA CALIFICAR SU ACTUACIÓN EN EL CARGO PÚBLICO. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XI, Marzo de 2000; Pág. 111.

La ratificación de los titulares de los órganos judiciales federales, la SCJN ha señalado que se deberán tomar en consideración el desempeño que haya tenido en el ejercicio de su función y los resultados de las visitas de inspección, lo cual resulta lógico puesto que se trata de determinar si un alto servidor público del Poder Judicial de la Federación reúne el perfil de honestidad invulnerable, excelencia profesional, laboriosidad necesaria para afrontar las cargas de trabajo a las que se encuentra sujeto el órgano del que es titular y la capacidad administrativa para prevenir y evitar problemas, detectar los existentes, asentarlos en actas levantadas al efecto, especialmente cuando la causa sea ajena al juzgador, establecer programas de trabajo específico para solucionarlos a corto, mediano y largo plazo e incluso informar a quien compete, de su existencia, especialmente cuando rebasen la capacidad del funcionario para superarlos por sí solo.³⁰

La SCJN también ha instaurado que si al momento en que se efectuó la primera visita de inspección se detectaron anomalías respecto de las cuales se hicieron recomendaciones para que se subsanaran, y en la visita siguiente se detectó que aún no se había cumplido con ellas al no subsanarse las anomalías detectadas, es evidente que la infracción por desobediencia se actualizó en ese momento, por lo que el acatamiento posterior, en principio, no exime de responsabilidad al recurrente.³¹

³⁰ Revisión administrativa. RECURSO DE LA ACTUACIÓN DEL RECURRENTE PARA EFECTOS DE SU RATIFICACIÓN, DEBE VALORARSE TOMANDO EN CUENTA, ENTRE OTROS ELEMENTOS, EL RESULTADO DE LAS VISITAS DE INSPECCIÓN EN SU TOTALIDAD. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XI, Marzo de 2000; Pág. 110.

³¹ Revisión administrativa. SI EN EL ACTA DE VISITA SE HIZO CONSTAR QUE EL SERVIDOR PÚBLICO INCUMPLIÓ CON LAS RECOMENDACIONES HECHAS EN UNA VISITA ANTERIOR, SU ACATAMIENTO POSTERIOR NO LO EXIME DE RESPONSABILIDAD. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Febrero de 1999; Pág. 44.

Pero si las anomalías detectadas en el órgano jurisdiccional son anteriores a la fecha en que tomó posesión el recurrente, pasan a ser parte de su responsabilidad y está obligado a subsanarlas a partir de la fecha en que un recurrente toma posesión del órgano jurisdiccional a la en que se practicó una primera visita, cuando fuera titular de dicho órgano. Debe concluirse que las fallas detectadas en anteriores visitas pasan a ser parte de la responsabilidad del funcionario, por lo que no existe justificación alguna para que alegue no ser responsable de ellas.

De tal manera, que si tales fallas datan desde una última visita practicada al anterior titular del juzgado e, incluso, se llegare a detectar en una primera visita practicada al siguiente titular, es claro que éste para la siguiente visita ya es responsable, pues su corrección le corresponde como nuevo titular que debe no sólo evitar y prevenir nuevos problemas, sino resolver los que detectó al hacerse cargo del juzgado.³²

EFFECTOS DE LA REMOCIÓN DE UN MAGISTRADO

El recurso de revisión administrativa se limitará a declarar la nulidad del acto impugnado para el efecto de que el Consejo dicte una nueva resolución, en un plazo no mayor a treinta días naturales. Ahora bien, se recomienda que ese pronunciamiento no sea genérico, sino que especifique, con toda precisión, el alcance que tiene, lo que variará de caso a caso, según los conceptos de nulidad que hayan prosperado, lo que, lógicamente, no sólo facilitará el dictado de la misma resolución, sino que evitará la interposición sucesiva

³²Revisión administrativa. RECURSO DE. LAS ANOMALÍAS DETECTADAS EN EL ÓRGANO JURISDICCIONAL ANTERIORES A LA FECHA EN QUE TOMÓ POSESIÓN EL RECURRENTE, PASAN A SER PARTE DE SU RESPONSABILIDAD Y ESTÁ OBLIGADO A SUBSANARLAS. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XI, Marzo de 2000; Pág. 110.

de nuevas revisiones derivadas de interpretaciones diversas a las que arribarán el propio Consejo y los interesados.³³

Al declararse fundado el recurso y decretar la nulidad del acuerdo impugnado por la SCJN, por lo que deben cesar de inmediato los efectos de la resolución previa y, por consecuencia, restituir al inconforme en el pleno goce de los derechos que se estimaron vulnerados.

En el caso de que la remoción de un Magistrado no aparezca justificada por vicios formales, en acatamiento a los dispositivos constitucionales y legales que estimó vulnerados la Corte, el Consejo queda constreñido a que, inmediatamente después de recibida la notificación, considere como Magistrado a quien haya resentido la medida, e incluso a respetarle la adscripción que tenía en el momento de su remoción y a reintegrarlo en sus funciones; asimismo, se le deberá pagar las percepciones que correspondieron al cargo, durante todo el periodo que estuvo separado del cargo. Lo anterior sin perjuicio de la nueva resolución que emita el CJF.³⁴

Para finalizar este trabajo, se presenta un conjunto de conclusiones sobre la información expuesta y analizada en este artículo.

³³ Revisión administrativa. LA SENTENCIA QUE DICTE EL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DEBE SEÑALAR CON PRECISION EL ALCANCE DE LA NULIDAD DECRETADA, DE ACUERDO CON SUS CARACTERÍSTICAS. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; V, Febrero de 1997; Pág. 131.

³⁴ Revisión administrativa. EFECTOS EN EL CASO DE REMOCIÓN DE UN MAGISTRADO DE CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; V, Marzo de 1997; Pág. 256.

CONCLUSIONES

1. A partir de la instauración del CJF se ha mejorado y profesionalizado la forma en cómo se administran los recursos humanos y materiales del Poder Judicial de la Federación; pero para que exista una mejor impartición de justicia se necesita que los jueces y magistrados se apeguen a actuar bajo los principios de independencia, imparcialidad, objetividad y legalidad, para que sus sentencias generen certidumbre y seguridad a los justiciables.
2. Entre las potestades del CJF, tiene la facultad de sancionar las actuaciones de los trabajadores del PJF. Las infracciones que puede imponer el CJF a la magistratura son el apercibimiento (privado o público), suspensión (con o sin pago), la inhabilitación (temporal o definitiva) y la destitución (temporal o definitiva).
3. Este trabajo colocó la atención en los casos de las resoluciones administrativas, que infraccionaron a los titulares de los órganos jurisdiccionales, mismos que impugnaron varias de estas resoluciones ante la SCJN, lo que ha generado cierta jurisprudencia que ha interpretado, definido y aclarado el sentido y alcance de las resoluciones del CJF.
4. Las sentencias producidas por la SCJN han tenido como objetivo la confirmación, modificación o revocación de las sentencias del CJF, ante la inconformidad de sus fallos, ya sea por la forma o el fondo en que estas se realizaron.
5. Un hecho fundamental de este trabajo es exhibir el derecho de los jueces y magistrados para poder apelar las resoluciones del CJF, ante la SCJN, lo que les da el derecho de audiencia y a una defensa justa y adecuada, lo que ha servido como mecanismo de control de las actuaciones del CJF hacia los titulares judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- Jurisprudencia producida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de recursos administrativos, por las resoluciones del CJF.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LAS CONTRIBUCIONES EN MÉXICO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

René Adrián Salinas Salinas*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.

2 Principio de Proporcionalidad.

2.1 Impuestos.

2.1.1. Impuestos Objetivos o Reales.

2.1.2 Impuestos Indirectos.

2.1.3. Impuestos Directos.

2.1.4. Distorsiones en la Medición de la Capacidad Contributiva.

2.2. Derechos.

3. Principio de Equidad.

3.1. Impuestos.

3.2. Derechos.

3.3. Exenciones.

4. Principio de Legalidad.

4.1. Alcances.

4.2. Excepciones.

4.2.1. Decreto Delegado.

4.2.2. Decreto Ley.

5. BIBLIOGRAFÍA.

*Maestro en Derecho Fiscal por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Facultad de Comercio, Administración y Ciencias Sociales de la UAT en Nuevo Laredo.

1. INTRODUCCIÓN

Es reconocido por todos que los habitantes de los Estados Nación deben contribuir para el gasto público que ejercen los gobiernos con la finalidad de lograr sus objetivos, partiendo de la base que el origen mismo del Estado se fundamenta en la colaboración y unión de esfuerzos para lograr un fin común que es el bienestar de todos.

Si el gasto público tiene como finalidad proporcionar satisfactores que cubran las necesidades de la población que originen el anhelado bien común, es entonces obligación de los habitantes del Estado Nación proveer los recursos con los que se ejercerá el gasto público.

De lo anterior se desprende la existencia de la potestad de tributaria que se ejerce por los gobiernos para establecer la forma y el monto en que los habitantes de los Estados Nación deben contribuir al gasto público.

Normalmente el ejercicio de la potestad tributaria se reserva a los congresos o parlamentos en los que se reúnen dos características, la primera que consiste en que los integrantes de estos órganos colegiados son los representantes del pueblo, es decir son personas elegidas por un sector del Estado Nación de que se trate para que los represente en el parlamento o congreso y la segunda característica que consiste en que la naturaleza de estos órganos colegiados es ser deliberativos en la toma de decisiones.

Las dos características anteriores son de suma importancia, ya que la potestad tributaria debe de ser ejercida en forma tal que no origine injusticia y desigualdades en el cobro de las contribuciones que a cada uno de los miembros del Estado Nación corresponda,

injusticias y desigualdades que a su vez originan no solo una afectación en lo individual, sino en todo el conjunto por los efectos antieconómicos que una incorrecta distribución de la carga tributaria puede ocasionar.

Los congresos o parlamentos dada su naturaleza deben tomar decisiones en materia tributaria que no afecten de manera injusta a los individuos del Estado Nación y que a su vez no produzcan efectos antieconómicos, no obstante ello las decisiones que toman los congresos o parlamentos de acuerdo a diferentes circunstancias no siempre son las más acertadas.

Las decisiones que se toman en ocasiones no son en función de los intereses de los habitantes en general, ya que las decisiones de los parlamentos pueden ser afectadas por intereses de grupo o de partido político que pueden llegar a distorsionar los objetivos en el establecimiento de las contribuciones.

Por otra parte, existen circunstancias en donde las decisiones tomadas no son lo suficientemente deliberativas como para escuchar todas las posiciones y evaluar todas las consecuencias, evitando con ello las injusticias y las consecuencias antieconómicas.

Ante la falta de garantías de que los congresos o parlamentos cumplan cabalmente con su función y ejerzan la potestad tributaria de establecer contribuciones con inteligencia y alejadas de intereses de grupo o de partido, es que existe la necesidad de limitar el ejercicio de esa potestad estableciendo principios constitucionales que en todo momento se deben de respetar.

En México la limitante al ejercicio de la potestad tributaria que corresponde al Congreso de la Unión y a los Congresos de los

Estados en sus respectivas competencias, se encuentra limitada por el artículo 31 fracción IV de la CPEUM , la cual establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 31. Son obligaciones de los mexicanos:

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.»

De esta pequeña parte de la CPEUM, se desprenden los principios de las contribuciones que se han denominado por la doctrina y la jurisprudencia principio de proporcionalidad, principio de equidad y principio de legalidad o de reserva de ley.

Los tres principios referidos son sin lugar a dudas los límites que el legislador siempre busca respetar en virtud de que ante un violación a estos principios, los contribuyentes tienen la posibilidad de cuestionar la validez del tributo ante el medio de control constitucional establecido en el sistema mexicano para los particulares, que es el juicio de amparo.

Así, aun y cuando el juicio de amparo mexicano no establece la posibilidad de que el fallo protector de este medio de defensa tenga efectos erga omnes, los fallos del Poder Judicial de la Federación en los juicios de amparo publicitan y hacen evidente la falla del legislador en la creación del tributo y por ello en todo momento el legislador se preocupa por el respeto a los límites constitucionales de las contribuciones.

Los particulares ante la violación a los principios constitucionales, buscan establecer estrategias legales para lograr que se declare

la imposibilidad legal de la aplicación en su esfera jurídica de la contribución que se declare inconstitucional, mermándose con ello la posibilidad de lograr los fines recaudatorios de la contribución de que se trate.

Por estas razones, los límites constitucionales de las contribuciones adquieren una relevancia especial para los creadores de los tributos, ya que son los únicos que se ventilan en los tribunales.

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad establecido en la CPEUM es un principio que debemos de apreciar a la luz de los diversos tipos de contribuciones, ya que el principio tiene diferente sentido cuando se habla de un impuesto y cuando se habla de un derecho.

La proporcionalidad que exige la CPEUM para los impuestos está relacionada con la capacidad contributiva de los contribuyentes mientras que en el caso de los derechos la proporcionalidad está vinculada con los servicios prestados por el Estado en funciones de derecho público o con el uso o goce de los bienes de dominio público por los que se causan los derechos.

En cualquier caso el principio de proporcionalidad tiene como finalidad que las contribuciones que se establecen por el legislador, sean contribuciones soportables en términos económicos por los pagadores de las contribuciones y no se conviertan en una carga ruinosa que evite el crecimiento económico del país y como consecuencia de ello afecte el bien común.

Por lo anterior para abordar el tema del principio de proporcionalidad debemos dividir y analizar la proporcionalidad en los impuestos y la proporcionalidad en los derechos.

2.1. Impuestos

El principio de proporcionalidad en los impuestos se respeta cuando el gravamen guarda relación con la capacidad contributiva del causante del impuesto.

No obstante lo anterior el principio de proporcionalidad requiere un análisis detallado para determinar de qué forma se mide en los impuestos la capacidad contributiva de los contribuyentes, ya que como sabemos existen diferentes tipos de impuestos y dependiendo de la naturaleza del impuesto la medición de la capacidad contributiva del particular cambia.

Por lo anterior no se puede establecer una regla general que aplique a todos los impuestos con la que podamos concluir cuando un impuesto respeta el principio de proporcionalidad y cuando se está violando.

Existen impuestos de carácter objetivo o real, en contraposición a los de carácter subjetivo o personal, los primeros, se ha definido por la doctrina jurídico fiscal son los que en esencia hacen una abstracción de las personas como sujetos pasivos (relegándolos a un segundo término) y gravan o recaen fundamentalmente sobre las cosas o bienes, en cambio los segundos gravan principalmente la actividad humana.

Por otra parte tenemos los llamados impuestos directos y los llamados impuestos indirectos, siendo que en los primeros se busca

gravar la generación de riqueza del particular, mientras que en los impuestos indirectos se busca gravar una manifestación aislada de la riqueza del particular, como puede ser un consumo o gasto efectuado.

Existen múltiples clasificaciones de impuestos, sin embargo las clasificaciones señaladas son suficientes para reflexionar sobre las distintas formas de medir la capacidad contributiva de los particulares.

2.1.1. Impuestos Objetivos o Reales

En los llamados impuestos objetivos o reales que en México tienen como sus principales ejemplos el Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos (impuesto local administrado por los estados) y los llamados Impuestos Prediales (impuestos locales administrados por los municipios), la medición de la capacidad contributiva del particular se hace sobre una manifestación aislada de riqueza vinculada en forma concreta a un bien.

Para respetarse el principio de proporcionalidad en estos impuestos, se requiere que el gravamen se calcule sobre el valor del bien, es decir que el monto del cobro del impuesto este vinculado por una parte mediante la determinación de la base a una medición objetiva del valor del bien y por la otra a la aplicación de una tasa o tarifa que origine un gravamen acorde a la manifestación aislada de riqueza objeto del impuesto.

La proporcionalidad del gravamen está relacionada directamente con el valor de la cosa que constituye una medición indirecta de la capacidad contributiva de los contribuyentes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido en el caso del Impuesto Sobre Tenencia y Uso de Vehículos que se respeta el principio de proporcionalidad al existir una relación entre el monto del gravamen y el valor de los vehículos.

En las siguientes dos tesis que se transcriben emitidas por la H. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se aprecia el criterio que ha prevalecido para considerar que se respeta el principio de proporcionalidad tributaria.

«TENENCIA O USO DE VEHÍCULOS. EL ARTÍCULO 5o., FRACCIÓN I, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL CALCULAR EL TRIBUTO SOBRE EL VALOR TOTAL DE AQUÉLLOS, INDEPENDIENTEMENTE DE LAS CONSIDERACIONES SUBJETIVAS QUE SOBRE ESE COSTO SE REALICEN, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2003). El referido artículo no viola el principio de proporcionalidad tributaria contenido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque el hecho imponible del impuesto lo constituye la tenencia o uso de los vehículos, y el tributo recae sobre un objeto determinado, sin hacer consideración alguna respecto a la persona titular de ese objeto, ni a apreciaciones subjetivas, como puede ser el hecho de que alguien estime algunas marcas de vehículos como “de lujo”. Ello es así, porque cuando dicho concepto alude a ciertos vehículos de motor (vehículos “de lujo”), es claro que se trata de una calificación meramente subjetiva, que no debe tomarse en cuenta para gravar el objeto del tributo, pues lo que para alguno puede ser relevante para considerar “lujoso” un automóvil, puede no serlo para otro, de ahí que el “lujo” pueda predicarse de los aditamentos que tenga el vehículo, de sus dimensiones, su comodidad, su diseño, su costo, del “buen nombre”

de alguna marca o, incluso, de condiciones específicas meramente accidentales. En ese tenor, si se toma en cuenta que el impuesto sobre tenencia o uso de vehículos se calcula sobre una base objetiva: el valor consignado en la factura o carta factura que expide quien lo enajena, independientemente de las consideraciones subjetivas que sobre ese costo se realicen, y si bien regularmente se asocia el alto precio de un automotor al concepto “lujo”, lo cierto es que se trata de una contingencia irrelevante para la norma, pues ésta grava el bien a partir de una cantidad determinada de dinero, sin que intervengan cuestiones ajenas; de modo que el hecho de que en el mercado exista un universo de vehículos de los cuales unos son considerados “de lujo”, y otros no, aunque tengan el mismo precio, no puede considerarse como algo que debía haber previsto el legislador, pues además de que el concepto “lujo” es subjetivo, el creador de las normas no puede atender a semejantes circunstancias en un precepto, pues eso afectaría su naturaleza general, abstracta e impersonal.»

«TENENCIA O USO DE VEHÍCULOS. EL ARTÍCULO 15-C DE LA LEY QUE REGULA EL IMPUESTO RELATIVO, NO TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2003). El procedimiento para calcular la base del impuesto contenido en el artículo 15-C de la Ley del Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos, vigente en el dos mil tres, no es violatorio de los principios constitucionales de proporcionalidad y equidad tributarias, toda vez que toma en cuenta factores de depreciación que parten de una base objetiva, a saber: 1) el valor total del automóvil establecido en la factura original o carta factura y, 2) el paso del tiempo. Los factores mencionados son objetivos y aluden a todos los destinatarios de la norma; resultan elementos útiles y racionales a nivel legislativo que toda norma (general, abstracta e impersonal) requiere para poder

ser aplicada sin violar el principio de universalidad. El hecho de que los factores estén preestablecidos en la norma, no puede sino beneficiar a los contribuyentes, dado que se traduce en un elemento de seguridad jurídica y, con ello, reflejan la capacidad contributiva de los causantes.»

En el caso del Impuesto Predial como en los demás impuestos objetivos o reales, las consideraciones hechas por el Poder Judicial de la Federación en relación al principio de proporcionalidad son similares a las que se muestran en las tesis transcritas.

Siempre que se establezca un impuesto de los clasificados como objetivos, el impuesto tiene que estar vinculado al valor del bien, ya sea que se trate de un bien mueble o un bien inmueble, como sucede en los dos ejemplos que hemos señalado, ya que se hace una medición de la capacidad contributiva del pagador del impuesto valorando únicamente el vínculo del particular a un bien.

2.1.2. Impuestos Indirectos

Los impuestos indirectos, entendidos estos como los impuestos que sin ser impuestos objetivos o reales, miden de manera indirecta la capacidad contributiva de un particular considerando una actividad aislada como puede ser un consumo o un gasto, respetan el principio de proporcionalidad siempre y cuando la actividad aislada que se grava refleje mediante la medición indirecta la capacidad contributiva del pagador del impuesto.

En esta clasificación podríamos incluir entre otros impuestos al Impuesto al Valor Agregado, al Impuesto Sobre Nóminas y al Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles.

En los tres impuestos señalados como ejemplos de los impuestos indirectos, se grava una actividad aislada del particular como puede ser una compra o adquisición o una erogación por un concepto determinado, actividad aislada que refleja de manera indirecta la capacidad del pagador del impuesto, y que en base a esa medición indirecta y parcial de su riqueza se le obliga a contribuir en una proporción determinada por la tasa o tarifa que se establece por el legislador.

En todos los casos, la tasa o tarifa se debe de aplicar a una base que refleje la medición indirecta de la capacidad contributiva, como sucede en el caso del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles, donde se establece como gravamen un porcentaje del valor del inmueble que se adquiere.

Sin mediar más elementos que el hecho de haber adquirido un bien inmueble, se mide de manera indirecta la capacidad contributiva del particular, al considerar que se puede contribuir en virtud de haber tenido la capacidad de adquirir un bien inmueble que tiene un valor determinado.

Igual situación sucede con el denominado Impuesto Sobre Nominas, en donde se cobra una contribución en base al sueldo que se paga a los trabajadores del causante de la contribución, en este caso el legislador mide de manera indirecta la capacidad contributiva del causante, ya que a partir del hecho de tener capacidad para pagar a los trabajadores que se tienen, concluye que se tiene la capacidad de cubrir el impuesto en proporción al monto del sueldo de los trabajadores.

Es importante hacer ver que el gravamen tiene que tener una relación directa con la medición de la capacidad contributiva, ya que de no ser así, se violaría el principio de proporcionalidad, como sucedería si en el llamando Impuesto Sobre Nominas se cobrara una cantidad fija por trabajador, independientemente del sueldo que se le pague al trabajador, toda vez que en dicho caso no existiría medición alguna de la capacidad contributiva, ya que el número de trabajadores no es relevante para dicha medición, sino lo que es relevante es el gasto que se realiza en los sueldos o salarios de los trabajadores.

En el caso que se refirió del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles, la medición debe tener como parámetro el valor del inmueble adquirido, ya que de no ser así, se estaría contribuyendo por el hecho de haber adquirido un inmueble y el monto no se determinaría en proporción de la medición indirecta de la capacidad contributiva y por ello se violaría el principio de proporcionalidad.

Conforme a lo expuesto, solo se respeta el principio de proporcionalidad cuando la medición indirecta de la capacidad contributiva, es de naturaleza tal que permite en relación al hecho aislado que se grava tener una medición real de la capacidad de pago.

Si el monto del pago se determina en factores ajenos a la medición de la capacidad contributiva como pueden ser unidades de medición que no guarden relación al valor de la actividad u operación gravada, se estaría violando el principio de proporcionalidad al determinar una cantidad a pagar que no está en proporción al valor de la actividad gravada.

En el Impuesto al Valor Agregado, que es un impuesto que se clasifica como indirecto no solo porque se hace una medición indirecta y parcial de la capacidad contributiva, sino también porque es un impuesto que repercute o incide en el patrimonio de una persona distinta al causante de la contribución (el consumidor final), el principio de proporcionalidad se respeta, cuando el monto del gravamen se determina en relación con la medición del valor del hecho aislado.

En virtud de lo anterior la base del Impuesto al Valor Agregado la constituye siempre el valor de la actividad aislada ya sea que se enajene un bien, se preste un servicio, se otorgue el uso o goce de un bien o se importe una mercancía.

En las tesis que a continuación se transcriben La Suprema Corte de Justicia de la Nación al estudiar diversos casos relacionados con el Impuesto General de Importación de naturaleza similar a los tratados en este apartado, delimita con claridad la relación que debe guardar la medición de la capacidad contributiva del particular con el monto del gravamen.

«IMPUESTOS GENERALES DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN. EL ARTÍCULO 2o. DEL DECRETO POR EL QUE SE CREAN, MODIFICAN Y SUPRIMEN DIVERSOS ARANCELES DE LA TARIFA DE LA LEY RELATIVA RESPECTO DE LA IMPORTACIÓN DEFINITIVA DE NEUMÁTICOS, VIOLA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. El artículo 2o. del Decreto por el que se crean, modifican y suprimen diversos aranceles de la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación y se actualiza la tasa aplicable de diversos Tratados y Acuerdos Comerciales suscritos por los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre

de 2003, viola el principio de proporcionalidad tributaria contenido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal. Lo anterior por dos razones; la primera de ellas, porque el impuesto general de importación generado con motivo de la introducción al territorio nacional de las mercancías comprendidas en las fracciones arancelarias 4011.10.06, 4011.10.07, 4011.20.03 y 4011.20.05 del artículo 2o. aludido, no toma en cuenta la capacidad contributiva de los sujetos pasivos del tributo, ya que para cuantificar la cuota no se considera el monto de la erogación realizada para adquirir los bienes importados (la magnitud del gasto), sino únicamente el valor en dinerario fijado en el arancel respectivo por cada pieza de acuerdo a su diámetro, sin atender al precio de la mercancía que constituye la base gravable del impuesto, lo cual resulta desproporcional. La segunda razón consiste en que si bien existen neumáticos ubicados en la misma fracción arancelaria por tener características físicas similares, es indudable que por cuestión de tecnología, marca u otras circunstancias relacionadas con su producción o comercialización, aquéllos tienen precios diferentes, por lo que al no considerar tal circunstancia y aplicar la misma cuota tarifaria se grava en forma igual a contribuyentes que se encuentran en situaciones distintas.»

«IMPUESTO GENERAL DE IMPORTACIÓN. LOS ARTÍCULOS 64, TERCER PÁRRAFO, Y 65 DE LA LEY ADUANERA VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 1996, NO TRANSGREDEN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. Los mencionados preceptos, al establecer que la base gravable del impuesto general de importación, es decir, que el valor en aduana será el valor de transacción de las mercancías, entendiéndose por éste el precio pagado por las mercancías a importar, el cual se ajustará, en su caso, en términos del segundo de los artículos citados, no

transgreden el principio de proporcionalidad tributaria contenido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque atienden a la capacidad contributiva del sujeto obligado al permitir ajustar la base del impuesto a los valores y precios reales de las operaciones aduaneras, pues si bien es cierto que para determinar el valor de transacción se incluyen los conceptos incrementables previstos en el mencionado artículo 65, como son, entre otros, los gastos y los riesgos del transporte internacional y del seguro, vinculados con los “Incoterms 2000”, es decir, los criterios internacionales que definen y reparten claramente las obligaciones, los gastos y los riesgos del transporte internacional y del seguro entre el importador y el exportador, también lo es que permiten excluir los gastos decrementables a que se refiere el numeral 66 del mismo ordenamiento legal, lo cual implica que la base del impuesto sea acorde al costo que efectivamente significó para el importador la introducción de la mercancía al país, cuyos términos convino libremente con su vendedor.»

Como se puede observar, las afirmaciones que se hacen en el presente capítulo son coincidentes con las conclusiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con relación a impuestos a los que hemos denominado indirectos en virtud de hacer una medición indirecta y por tanto parcial de la capacidad de pago de los particulares obligados a soportar el gravamen.

2.1.3. Impuestos Directos

Los impuestos directos entendidos estos como los impuestos que establecen una medición directa de la capacidad contributiva del particular, en virtud de gravar la generación de riqueza, son los impuestos que están determinados en función de la capacidad contributiva real de los particulares.

La medición indirecta que hacen los impuestos indirectos, es forzosamente parcial, ya que solo considera un hecho aislado del particular que comúnmente es contrario a la generación de riqueza, ya que recaen sobre consumos o erogaciones.

El impuesto que mejor ejemplifica a los impuestos directos en México es el Impuesto Sobre la Renta, ya que es un impuesto universal que se encarga de gravar los ingresos de las personas y para determinar la base del mismo se establece la posibilidad de restar los gastos propios de la actividad por la que se obtiene el ingreso, constituyéndose el Impuesto Sobre la Renta en un impuesto sobre las utilidades o ganancias de las personas.

En virtud de lo anterior, el Impuesto Sobre la Renta realiza una medición real de la capacidad contributiva de los causantes, ya que considera la generación de riqueza, de tal suerte que solo se tiene que pagar el impuesto si se generó riqueza, ya que es perfectamente posible obtener ingresos y no tener la obligación de contribuir por no haber generado riqueza (ganancia o utilidad).

Así las cosas, solo se respeta el principio de proporcionalidad en los impuestos que hacen una medición directa de la capacidad contributiva, cuando se genera riqueza por el particular, toda vez que este tipo de impuesto no presume que se tiene capacidad de pago a partir de hechos aislados, sino que se tiene que establecer sobre lo que se constituya como ganancia o utilidad, es decir sobre la generación de riqueza.

Es importante dejar en claro que los impuestos que hacen una medición directa y por lo tanto real de la capacidad contributiva,

pueden ser impuestos de carácter general o universal como lo es el Impuesto Sobre la Renta, o pueden ser impuestos especiales o de carácter particular.

Si tenemos un impuesto que grava los ingresos solo de una actividad determinada, no será un impuesto universal, sin embargo ello no lo excluye de ser un impuesto que mide de manera directa la capacidad contributiva del particular, ya que respecto de la actividad gravada se debe cobrar la contribución en función a la riqueza generada.

Si estamos en presencia de un impuesto que mide de manera directa la capacidad contributiva de los particulares, independientemente de ser un impuesto universal o especial, debe contemplar en la mecánica de cálculo del gravamen todo lo necesario para que solo se cobre el impuesto cuando el particular generó de la actividad gravada una ganancia o utilidad.

Sin lugar a dudas los impuestos que miden de manera directa la capacidad contributiva de los particulares, por obvias razones son los únicos que alcanzan el ideal de justicia que inspira al principio constitucional de la proporcionalidad tributaria, ya que solo en estos impuestos se paga por quien tiene una capacidad real de pagar al estar obligados al pago solo los que están generando riqueza.

Lo anterior, no implica que los impuestos que miden de manera indirecta la generación de riqueza no sea constitucionales, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia los acepta como válidos, sin embargo ello no nos impide afirmar que aunque validados, son susceptibles de ocasionar injusticias que originan una obligación de pago en quienes en realidad no la tienen.

Los impuestos que miden de manera directa la capacidad contributiva de los particulares, son fáciles de comprender a la luz del principio de proporcionalidad toda vez que se explican con la simplicidad de la frase de paga más quien más riqueza genera, sin embargo son estas contribuciones las más difíciles de elaborar y de administrar en virtud de tener que comprender todos los elementos necesarios para definir una medición real de la generación de riqueza y ello con frecuencia es una tarea compleja.

2.1.4. Distorsiones en la Medición de la Capacidad Contributiva

Se ha incluido este apartado para dejar en claro que el respeto al principio de proporcionalidad con frecuencia se rompe no por el hecho de haber tenido un diseño estructural erróneo en la contribución, sino en virtud de que en ocasiones el legislador en un impuesto correctamente estructurado, introduce cuestiones que distorsionan la medición correcta de la capacidad contributiva de los particulares.

Así tenemos el caso de impuestos esencialmente bien estructurados en relación con el principio de proporcionalidad, que sin embargo debido a su complejidad el legislador ha introducido cuestiones que distorsionan la medición de la capacidad contributiva y por ello se considera que se viola el principio de proporcionalidad.

Por lo anterior, para respetar el principio de proporcionalidad tributaria se debe estructurar el impuesto para buscar medir conforme al tipo de impuesto de que se trate la capacidad contributiva de los pagadores del impuesto y además evitar la introducción en la mecánica de aplicación del impuesto cualquier elemento que haga que se distorsione la medición de la capacidad contributiva, ya que en uno u otro caso se viola el principio que nos ocupa.

Tan importante resulta para el creador de la contribución tener un diseño estructural correcto de la contribución como el evitar introducir cuestiones que ocasionen una distorsión en la medición de la capacidad contributiva, ya que en uno u otro caso el resultado será la invalidez constitucional de la norma.

Con frecuencia, la materia de los juicios de amparo que interponen los particulares por violaciones al principio de proporcionalidad está vinculada a las distorsiones a las que nos hemos referido, mismas que resultan normalmente de la complejidad de las normas.

En el Impuesto Sobre la Renta que es uno de los impuesto de mayor complejidad en México toda vez que busca medir de manera directa y universal la capacidad contributiva de los particulares, podemos apreciar de una manera más clara las dos formas en las que pueden acontecer distorsiones en la medición de la capacidad contributiva de los particulares, siendo la primera de ellas la imposibilidad de la deducción de los gastos necesarios para la generación ingresos, que ocasiona que no todos los contribuyentes tengan una medición de la verdadera capacidad contributiva.

Si el impuesto no permite deducir cierto tipo de gastos que pueden ser indispensables para ciertos contribuyentes y solo para los que se encuentren en ese supuesto, la ley ocasiona en el caso específico de estos contribuyentes una distorsión en la medición de su capacidad contributiva, de tal forma que estarían obligados a contribuir en una proporción que no guarda relación con su verdadera capacidad de pago, y por ello para estos contribuyentes no se respeta la proporcionalidad tributaria.

En este sentido, y en relación a esta primera forma en que se pueden presentar las distorsiones en la medición de la capacidad contributiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterios interpretativos del principio de proporcionalidad en los que se señala que los gastos necesarios para la generación de los ingresos gravados por la Ley del Impuesto Sobre la Renta deben ser reconocidos por el legislador como un gasto deducible, ya que de lo contrario no existe una verdadera proporción entre el impuesto que se tiene que pagar y la capacidad contributiva de los contribuyentes.

La tesis que a continuación se transcribe refiere con precisión el tema abordado e identifica las causas por las que esta primera forma de distorsión de la medición de la capacidad económica es violatoria del principio de proporcionalidad.

«DEDUCCIONES. CRITERIOS PARA DISTINGUIR LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS CONTEMPLADAS EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL. De la interpretación sistemática de la Ley del Impuesto sobre la Renta pueden observarse dos tipos de erogaciones: a) las necesarias para generar el ingreso del contribuyente, las cuales deben ser reconocidas por el legislador, sin que su autorización en la normatividad pueda equipararse con concesiones gratuitas, pues se trata de una exigencia del principio de proporcionalidad en materia tributaria, en su implicación de salvaguardar que la capacidad contributiva idónea para concurrir al sostenimiento de los gastos públicos, se identifique con la renta neta de los causantes. Ello no implica que no se puedan establecer requisitos o modalidades para su deducción, sino que válidamente pueden sujetarse a las

condiciones establecidas por el legislador, debiendo precisarse que dicha decisión del creador de la norma se encuentra sujeta al juicio de razonabilidad, a fin de que la misma no se implemente de tal manera que se afecten los derechos de los gobernados; b) por otra parte, se aprecia que aquellas erogaciones en las que no se observe la característica de ser necesarias e indispensables, no tienen que ser reconocidas como deducciones autorizadas pues su realización no es determinante para la obtención del ingreso; no obstante ello, el legislador puede implementar mecanismos que permitan deducir cierto tipo de gastos que no sean estrictamente necesarios, ya sea en forma total o en parte -lo cual también suele obedecer a su aspiración de conseguir ciertas finalidades que pueden ser de naturaleza fiscal o extrafiscal-, pero sin tener obligación alguna de reconocer la deducción de dichas erogaciones, pues no debe perderse de vista que se trata del reconocimiento de efectos fiscales a una erogación no necesariamente vinculada con la generación de ingresos. Un ejemplo de este tipo de desembolsos son los donativos deducibles, las deducciones personales de las personas físicas, o bien, ciertos gastos de consumo, como acontece con los efectuados en restaurantes. La deducibilidad de dichas erogaciones es otorgada -no reconocida- por el legislador y obedece a razones sociales, económicas o extrafiscales.»

Por otra parte, la segunda razón que podemos identificar como causante de una distorsión en la medición de la capacidad contributiva, es cuando el legislador ante la permisividad de realizar una deducción de un gasto establece restricciones o mecanismos que impiden que se refleje para los contribuyentes que se ubiquen en un determinado supuesto, una medición real de la capacidad económica y por ello se origina que se establezca un pago de impuesto que no va en proporción a su real capacidad.

Las distorsiones producidas por la razón expuesta son mucho más complejas, ya que se debe analizar a detalle todos y cada uno de los mecanismos de la ley para asegurar que no existen restricciones, limitantes o sistemas que impidan una medición real de la capacidad económica de los contribuyentes.

A manera de ejemplo de lo expuesto, refiero dos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde por una parte se señala que es violatorio del principio de proporcionalidad la limitación en el monto de una deducción autorizada y por otra parte se declara igualmente violatorio a la CPEUM un mecanismo de ley que limita a un período de años determinado el cálculo de la utilidad de los contribuyentes, señalándose en ambos casos que no existe una medición real de la capacidad contributiva de los particulares.

De los dos casos que refiero el primero y del cual a continuación se transcribe la tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es tal vez el más fácil de identificar, debido a que es una restricción del monto de la deducción y por ello podemos inferir fácilmente que ello produce una distorsión que origina la violación al principio de proporcionalidad.

«RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN XII, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL LIMITAR LA DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS DE PREVISIÓN SOCIAL, VIOLA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2003). El citado precepto, al limitar la deducción de los gastos de previsión social, condicionando a que las prestaciones relativas sean generales, entendiéndose que se cumple tal requisito, entre otros casos, cuando dichas erogaciones -excluidas las aportaciones de seguridad social- sean en promedio aritmético por cada trabajador no sindicalizado, en

un monto igual o menor que las erogaciones deducibles por el mismo concepto efectuadas por cada trabajador sindicalizado; y al disponer que cuando el empleador no tenga trabajadores sindicalizados, las prestaciones de seguridad social no podrán exceder de diez veces el salario mínimo general del área geográfica que corresponda al trabajador, elevado al año, viola el principio de proporcionalidad tributaria contenido en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así, en virtud de que el numeral 31, fracción XII, de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir del 1o. de enero de 2003, obliga a los sujetos a contribuir al gasto público conforme a una situación económica y fiscal que no refleja su auténtica capacidad contributiva, toda vez que les impone determinar una utilidad que realmente no reporta su operación, en el entendido de que los pagos que una empresa realiza por concepto de gastos de previsión social ciertamente trascienden en la determinación de su capacidad contributiva. En efecto, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte que la inconstitucionalidad de la referida norma tributaria deriva del hecho de que el legislador haya vinculado la “generalidad” en la erogación del concepto -y, por ende, la procedencia de su deducción-, sujetándola a que se cumplan ciertos requisitos relativos a la manera en que se formalice la relación laboral, a las condiciones en la que se presta el servicio, o bien, dependiendo del monto correspondiente al salario mínimo general aplicable, así como aludiendo al comparativo que pueda efectuarse entre dos grupos diversos de trabajadores, es decir, atendiendo a elementos ajenos a la capacidad contributiva; de ahí que la desproporcionalidad de la deducción impugnada sea evidente. De igual forma, es desproporcional toda vez que el hecho de que los gastos de previsión social excedan o no de diez veces el salario mínimo general del área geográfica, no es un factor al advertir si la erogación respectiva es determinante en la apreciación de la

capacidad contributiva, propiciándose, por lo mismo, que la tasa sea aplicada sobre una utilidad mayor en aquellos casos en los que los causantes no pudieron hacer la deducción, a diferencia de los que sí pudieron efectuarla, pues en este aspecto el pago respectivo no se encontrará en proporción a la capacidad contributiva, sino que dependerá de una situación extraña, a saber, el área geográfica -para determinar el salario mínimo- y la sindicalización o no de los trabajadores.»

El segundo de los criterios que se refiere como ejemplo, nos deja ver que las distorsiones no siempre se identifican fácilmente, ya que en ocasiones la distorsión es consecuencia de la mecánica o sistema de cálculo que tiene el impuesto, y por ello para poder cerciorarnos que un impuesto respeta el principio de proporcionalidad es necesario que se estudien todos y cada uno de los procedimientos de determinación del monto a pagar.

Así las cosas, resultan ser los impuestos más complejos por contemplar mecánicas o sistemas de cálculo más elaborados, los que resultan ser más propensos a contener distorsiones en la medición de la capacidad contributiva de los particulares.

La tesis que se transcribe a continuación es ilustrativa en relación a lo expuesto.

«RENTA. EL ARTÍCULO 154, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. El citado precepto, en relación con el diverso 152 de la propia ley, transgrede el principio de proporcionalidad tributaria contenido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en atención a que en la fórmula para el cálculo del impuesto derivado

de ingresos por enajenación de inmuebles heredados establece un tope máximo de tiempo (20 años), sin considerar las fechas reales de adquisición y de enajenación del bien respectivo para determinar la base del tributo, la cual consiste en la ganancia que deriva de dicho acto jurídico, rompiendo con la congruencia que debe existir entre el tributo y la capacidad económica de los causantes, en cuanto potencialidad real de contribuir a los gastos públicos.»

Se debe decir que las distorsiones en la medición de las capacidades contributivas se pueden presentar no solo en los impuestos que miden de manera directa la capacidad contributiva, por ello se deben de analizar en todo tipo de impuestos los mecanismos o sistemas de cálculo para evitar violar el principio de proporcionalidad.

Sin lugar a dudas, el evitar que se establezcan distorsiones en la ley que ocasionan que no se refleje la verdadera capacidad contributiva de los contribuyentes, es la tarea más difícil que tienen frente al principio de proporcionalidad, quienes ejercen la potestad tributaria, ya que requiere examinar con detenimiento todos y cada uno de los mecanismos o sistemas de cálculo establecidos para los impuestos.

Por la razón anterior, es también en esta parte donde los particulares encuentran con frecuencia la oportunidad para cuestionar la constitucionalidad de las normas tributarias a la luz del principio de proporcionalidad que se viene analizando.

2.2. Derechos

En la legislación mexicana los derechos son contribuciones que tienen la naturaleza de ser una contraprestación por un servicio que presta el Estado en funciones de derecho público o bien por el uso o aprovechamiento de un bien de dominio público.

Al ser los derechos una contribución que tiene la naturaleza de ser una contraprestación, es evidente que el principio de proporcionalidad no implica que el cobro de la contribución se realice en proporción a la capacidad contributiva del particular, sino que se debe de realizar en proporción a la prestación recibida por el particular, desvinculando el pago a la situación económica concreta del pagador de la contribución.

La contribución se debe cobrar en proporción al servicio que se recibe por el Estado o bien en proporción al uso o aprovechamiento del bien de dominio público del Estado por el que se paga la contribución.

Determinar cuándo un derecho respeta el principio de proporcionalidad, implica determinar si el cobro esta en proporción al servicio o al uso o aprovechamiento del bien del Estado, lo cual es difícil de determinar, ya que se deben de considerar en el análisis que se haga los gastos públicos que se realizan para poder prestar y regular el servicio o para permitir y regular el uso o aprovechamiento del bien del Estado.

A manera de ejemplo se señala que en la prestación de un servicio como es la expedición de una licencia de conducir, el cobro debe guardar proporción con todos los gastos públicos que se realizan para estar en posibilidad de prestar el servicio, es decir no solo debe de cobrarse el producto que se entrega en términos materiales (costo del material de la licencia), sino que se debe de incluir proporcionalmente en cada usuario del sistema del que se deriva el servicio, el costo del funcionamiento del sistema que permite la prestación del servicio.

En estos términos, no es fácil determinar cuando el cobro es proporcionalmente correcto y por ello si se respeta o no el principio constitucional de proporcionalidad.

No obstante lo anterior, es fácilmente detectable la violación al principio de proporcionalidad cuando existe en la estructuración del derecho un error que hace evidente que el cobro no está en proporción al servicio o el uso o aprovechamiento del bien de que se trate, sino que está directamente relacionado a un factor que no guarda relación con ello.

En estos casos, no se analiza si la cantidad que se cobra es la correcta, sino que se analiza el hecho de la vinculación de la determinación del monto a factores extraños y ajenos a la prestación del servicio o al uso o aprovechamiento de los bienes, lo cual nos permite concluir que la contribución se cobra en proporción a esos factores extraños y ajenos y no al servicio que se presta.

Existen múltiples ejemplos en los fallos emitidos por el Poder Judicial de la Federación en donde se consideran violaciones al principio de proporcionalidad por estar los derechos incorrectamente estructurados en la legislación que los establece.

A continuación transcribo dos tesis de derechos relacionadas con servicios que presta el Estado, en donde se ha decretado la inconstitucionalidad de la norma que los establece.

«SERVICIOS REGISTRALES. LOS ORDENAMIENTOS LEGALES QUE ESTABLECEN LAS TARIFAS RESPECTIVAS PARA EL PAGO DE DERECHOS, SOBRE EL MONTO DEL VALOR DE LA OPERACIÓN QUE DA LUGAR A LA INSCRIPCIÓN, VULNERAN LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD

TRIBUTARIA. Las leyes federales o locales que regulan los derechos por la inscripción, anotación, cancelación o expedición de certificaciones de actos jurídicos o documentos en un registro público, estableciendo que dichas contribuciones deben cuantificarse mediante un porcentaje o factor al millar aplicado sobre el valor económico reflejado en estos últimos, vulneran los principios de proporcionalidad y equidad tributaria contenidos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues para determinar su importe en esos términos no se toma en cuenta el costo del servicio prestado por la administración pública, y se produce el efecto de que los contribuyentes paguen una mayor o menor cantidad dependiendo del monto de la operación que dé lugar a tales actos registrales, provocándose que por la misma función estatal se causen cuotas distintas, y aunque es cierto que esas contraprestaciones no necesariamente deben corresponder con exactitud matemática al costo del servicio recibido, sí deben fijarse en relación con el mismo.»

«DERECHOS. EL ARTÍCULO 49, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005, QUE ESTABLECE UNA CUOTA DE 8 (OCHO) AL MILLAR SOBRE EL VALOR DE LAS MERCANCÍAS SUJETAS AL TRÁMITE ADUANERO CORRESPONDIENTE, ES VIOLATORIO DE LAS GARANTÍAS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los principios tributarios de proporcionalidad y equidad contenidos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se cumplen, en los derechos por servicios, cuando el monto de la cuota guarda congruencia razonable con el costo que para el Estado tenga la realización del servicio prestado, además de que sea igual para los que reciben idéntico servicio, ya que el

objeto real de la actividad pública se traduce en la realización de actos que exigen de la administración un esfuerzo uniforme. Por tanto, si el artículo 49, fracción I, de la Ley Federal de Derechos impone a los contribuyentes la obligación de pagar el derecho de trámite aduanero por las operaciones realizadas al amparo de un pedimento en términos de la Ley Aduanera, con una cuota del 8 (ocho) al millar, sobre el valor de las mercancías correspondientes, viola los citados principios constitucionales, en virtud de que para su cálculo no se atiende al tipo de servicio prestado ni a su costo, sino a elementos ajenos a éste, como lo es el valor de los bienes importados objeto del pedimento, lo que ocasiona que el monto de la cuota impuesta no guarde relación directa con el costo del servicio, recibiendo los gobernados un trato distinto por un mismo servicio, habida cuenta que la referencia del valor de las mercancías no es un elemento válido adicional para establecer el monto de la cuota respectiva.»

Con lo hasta aquí expuesto podemos concluir que la contribución denominada derechos que tienen la naturaleza de ser una contraprestación por los servicios que presta el Estado en funciones de derecho público o por el uso o aprovechamiento de bienes del Estado, imprimen en el principio de proporcionalidad que se viene estudiando un significado distinto respecto a la implicación que tiene el principio de proporcionalidad respecto al resto de las contribuciones.

3. PRINCIPIO DE EQUIDAD

El principio de equidad tributaria de una manera muy sencilla se puede definir como el principio constitucional que garantiza que todos los individuos sean tratados por igual en el sistema tributario,

en el entendido de que se debe de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

El principio de equidad prohíbe la uniformidad tributaria y establece que todos debemos ser tratados por igual en relación a nuestros iguales, de aquí surge entonces la interrogante que nos permite entender el alcance de este principio constitucional, ¿quiénes son iguales? y ¿quiénes son desiguales?

Las diferencias de los sujetos pasivos de las contribuciones son de muy diversas índoles, sin embargo evidentemente no todas las diferencias existentes entre los sujetos pasivos son relevantes para la equidad tributaria, por ello algunas cuestiones que nos hacen diferentes como el género, la raza, la edad y muchas otras son diferencias que en nada impactan en la valoración del respeto a este principio.

El principio de equidad está ligado al principio de proporcionalidad, ya que este último garantiza el establecimiento de los gravámenes en relación a una medición ya sea de la capacidad contributiva o del servicio que se haya prestado o del uso o aprovechamiento que se haya hecho de un bien público.

La medición que se debe considerar para el establecimiento del gravamen es lo que origina que se considere a un sujeto pasivo igual a otro, ya que si en ambos casos la medición es igual entonces el gravamen debe ser igual, respetándose con ello el principio de equidad tributaria.

Como se estableció líneas arriba al abordar el principio de proporcionalidad, la medición que se hace para los impuestos y para los derechos es diferente, entonces los factores a considerar

en uno u otro caso para el respeto del principio de equidad también son diferentes.

3.1. Impuestos

En los impuestos el principio de proporcionalidad se respeta cuando se establece el gravamen en relación a la capacidad contributiva del pagador del impuesto, por ello el principio de equidad en los impuestos se valora al considerar como igualdad o desigualdad entre los pagadores del impuesto la mayor o menor capacidad contributiva.

Como ya se abordó en este capítulo, la medición de la capacidad contributiva puede ser de manera directa o indirecta dependiendo del tipo de impuesto de que se trate, por ello es importante hacer ver que la igualdad tributaria se respeta cuando la medición que se hace arroja un resultado igual.

Esto resulta relevante en los impuestos en donde se hace una medición indirecta y parcial como puede ser en los impuestos objetivos, en donde se valora la capacidad contributiva por el vínculo del pagador del impuesto a una cosa, como sucede con el llamado impuesto predial que se cobra en razón del valor del bien, así las cosas, dos personas que son dueñas de predios que tiene un mismo valor pagan lo mismo, respetándose con ello el principio de equidad tributaria, aun y cuando en términos reales, uno de los dos individuos tenga mayor capacidad de pago, ello en razón de que los factores que ocasionan que se tenga una mayor capacidad de pago no son considerados en la medición de la capacidad contributiva de los pagadores del impuesto.

Así las cosas, el principio de equidad tributaria se respeta cuando son tratados igual las personas que conforme al tipo de medición que se hace en cada impuesto tienen la misma capacidad contributiva, independientemente de que la medición sea indirecta y parcial o directa y universal.

Mención especial merece para este tema, la introducción que puede hacer el legislador en la mecánica de cálculo y determinación de los impuestos, de factores que ocasionen un trato favorable o desfavorable a un individuo que tiene la misma capacidad contributiva que otro, basándose para ello en factores ajenos y externos a los que se utilizan en el impuesto de que se trate para hacer la medición de la capacidad contributiva.

Como ya se mencionó anteriormente, en ocasiones se introducen cuestiones en los impuestos que generan distorsiones en la medición de la capacidad contributiva, siendo el caso que dichas distorsiones pueden establecerse solo a cierto tipo de contribuyentes, que ocasiona que sean tratados de manera desfavorable respecto a los demás contribuyentes, generándose con ello una violación al principio de equidad tributaria.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la violación al principio de equidad en el Impuesto Sobre la Renta al limitar el legislador las deducciones en ciertos gastos, a ciertos contribuyentes, tratándoles de manera desfavorable respecto a los demás contribuyentes basándose para ello en factores ajenos y externos a la medición de su capacidad contributiva.

La tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe, refiere el caso que se comenta, el cual nos ilustra respeto al tipo de

anomalías que puede presentar la mecánica de determinación de las contribuciones que ocasionan que se viola el principio que nos ocupa.

«RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN XII, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL LIMITAR LA DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS DE PREVISIÓN SOCIAL, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2003). El citado precepto, al limitar la deducción de los gastos de previsión social, condicionando a que las prestaciones relativas sean generales, entendiéndose que se cumple tal requisito, entre otros casos, cuando dichas erogaciones -excluidas las aportaciones de seguridad social- sean en promedio aritmético por cada trabajador no sindicalizado, en un monto igual o menor que las erogaciones deducibles por el mismo concepto efectuadas por cada trabajador sindicalizado; y al disponer que cuando el empleador no tenga trabajadores sindicalizados, las prestaciones de seguridad social no podrán exceder de diez veces el salario mínimo general del área geográfica que corresponda al trabajador, elevado al año, viola el principio de equidad tributaria contenido en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, en virtud de que los contribuyentes que se ubiquen en la misma situación para efectos del impuesto sobre la renta, reciben un tratamiento distinto en razón de la forma en que se organicen sus trabajadores. Así, para este Alto Tribunal es evidente que la referida deducción se hace depender de la eventualidad de que sus trabajadores estén sindicalizados o no, así como del monto correspondiente a las prestaciones de previsión social otorgadas a los trabajadores, situación que se refiere a relaciones laborales, las cuales, en este aspecto, no son relevantes para efectos del impuesto sobre la renta -cuyo objeto lo constituye el ingreso del sujeto pasivo-. De esta manera, aun cuando los

contribuyentes tengan capacidades económicas iguales, reciben un trato diferente para determinar el monto deducible por concepto de gastos de previsión social, lo que repercute en la cantidad total del impuesto a pagar, que no se justifica en tanto que atiende a aspectos ajenos al tributo. Además, lo mismo acontece en el caso de los patrones que no tienen trabajadores sindicalizados, pues en este supuesto también se limita injustificadamente el monto de las prestaciones de previsión social deducibles, ya que no pueden exceder de un tope monetario, vinculado al salario mínimo general del área geográfica que corresponda al trabajador, violándose la equidad tributaria.»

Otro antecedente de la violación a este principio, lo es la tesis de jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a continuación se transcribe en la que se reconoce una anomalía en la mecánica del acreditamiento del Impuesto al Valor Agregado, en donde se señala que en ciertos casos el sistema ocasiona una violación al principio de equidad tributaria.

«VALOR AGREGADO. EL ARTÍCULO 4o. DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO QUE ESTABLECE LA MECÁNICA PARA SU TRASLADO Y ACREDITAMIENTO, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL TREINTA Y UNO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE). El referido precepto viola el principio de equidad tributaria previsto en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que con la nueva mecánica de acreditamiento los contribuyentes que adquieran materias primas, productos terminados o semiterminados relacionados con la enajenación o prestación de servicios, por la que están obligados al pago del impuesto, podrán acreditarlo en su totalidad; sin embargo,

no podrán hacerlo cuando provengan de operaciones diversas a la adquisición de mercancías o productos terminados o semiterminados, no obstante que el impuesto trasladado sea plenamente identificable con actos o actividades por los que se paga el impuesto o es aplicable la tasa del 0%. Ello es así porque al modificarse el sistema de acreditamiento que estuvo en vigor en mil novecientos noventa y nueve, se estableció la identificación y el acreditamiento del tributo trasladado al contribuyente en la adquisición “de materias primas, productos terminados o semiterminados” que se relacionen con la enajenación o prestación de servicios por la que esté obligado al pago del impuesto, de manera que el citado artículo 4o. dispuso la regla para determinar las adquisiciones efectuadas en el periodo, incluyendo en sus fracciones I, II y IV, párrafo cuarto, la frase “de materias primas y productos terminados o semiterminados”, y de acuerdo con ello, en la medida en que el impuesto trasladado no corresponda a tales conceptos, a pesar de tratarse de actividades gravadas o exentas, no podrá ser acreditable en su totalidad, lo que da lugar a que la carga tributaria incida en el contribuyente que no pudo realizar el acreditamiento, a diferencia de aquel que sí pudo hacerlo por ubicarse en dicho supuesto. En otras palabras, tratándose de contribuyentes a los que se les traslada el impuesto al valor agregado por conceptos que son plenamente identificables con sus actividades gravadas, cuando el traslado no se origina de la adquisición de mercancías o bienes terminados o semiterminados, el acreditamiento no es procedente en su totalidad, sino que deberá ser prorrateado, esto es, al no identificarse el impuesto con alguna de esas adquisiciones, el contribuyente sólo podrá acreditarlo con base en el factor de acreditamiento, el cual se determina dividiendo el total de los actos realizados entre los actos o actividades que se encuentren exentos para efectos del tributo. Luego, la restricción de que se trata, evidentemente, impide que los contribuyentes que no tengan ese tipo de adquisiciones tengan un factor de acreditamiento del 100%, dándoles así un trato diferenciado.»

Los antecedentes que referimos nos dejan ver que la valoración del respeto al principio de equidad tributaria, al igual que lo que sucede con el principio de proporcionalidad requiere de un análisis cuidadoso del diseño estructural del impuesto, pero además y de manera mucho más minuciosa de todas las mecánicas y sistemas de cálculo y determinación de los impuestos, ya que se pueden presentar anomalías como las identificadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ocasionan una violación al principio constitucional que nos ocupa.

3.2. Derechos

El principio de equidad tributaria en los derechos se valora a partir del cobro que se hace a las personas por el servicio que se les presta en funciones de derecho público o por el uso o aprovechamiento de bienes de dominio público.

Por lo anterior podemos afirmar que a igual servicio prestado o igual uso o aprovechamiento de bienes, debe existir un cobro igual, de lo contrario se estaría tratando desigual a dos iguales, ya que como hemos planteado en ocasión anterior, los derechos se desvinculan de la situación del sujeto pasivo y se concentran en el servicio que se presta o en el uso o aprovechamiento que se hace de los bienes de dominio público.

El pago de los derechos se ha afirmado que tiene la naturaleza de ser una contraprestación, por ello a igual prestación debe corresponder una contraprestación igual, de lo contrario se violaría el principio de equidad tributaria.

En el apartado del principio de proporcionalidad en relación con los derechos, se transcribieron tesis emitidas por el Poder Judicial de la

Federación en donde en virtud del diseño estructural de diversos derechos se viola tanto el principio de proporcionalidad como el ahora abordado principio de equidad.

No obstante la claridad de las tesis referidas, a continuación se transcribe tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde se hace referencia a los lineamientos que se deben seguir para que los derechos respeten el principio de equidad tributaria.

«DERECHOS POR USO O APROVECHAMIENTO DE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO DE LA NACIÓN. ELEMENTOS PARA DETERMINAR SU PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD. Tratándose de derechos fiscales por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación, a que se refieren los artículos 2o., fracción IV, del Código Fiscal de la Federación y 1o., párrafo primero, de la Ley Federal de Derechos, el principio tributario de proporcionalidad no puede apreciarse, como en los impuestos, tomando en cuenta la capacidad contributiva del obligado, pues las actividades de usar o aprovechar dichos bienes no reflejan por sí solas y de modo patente, disponibilidad económica; de ahí que el citado principio constitucional se haga derivar, partiendo del acto de permisión del Estado, del grado de aprovechamiento de los bienes de dominio público, medido en unidades de consumo o de utilización de acuerdo con la naturaleza del bien, así como del beneficio aproximado obtenido por el usuario y, en su caso, de la valoración de su mayor o menor disponibilidad o su reparación o reconstrucción, si se produce un deterioro. Por su parte, el principio de equidad tributaria se cumple, por regla general, cuando las tasas aplicables son fijas e iguales para los gobernados que usan, explotan o aprovechan en similar grado el mismo bien de dominio público, al traducirse en un beneficio uniforme para ellos; o variables, si el grado de utilización del mismo bien es diferente.»

Para analizar el respeto al principio de equidad tributaria en los derechos se debe determinar cuándo se está en presencia de un servicio o un uso o aprovechamiento de bienes igual, ya que esto es lo único que se debe tomar en cuenta.

No obstante lo anterior, en ocasiones se trata de diferenciar un servicio de otro o un uso o aprovechamiento de un bien de otro, con el propósito de hacer un cobro diferenciado, por factores que no hacen diferente la prestación que causa el derecho, factores que son una condición ajena vinculada a la persona que causa el derecho o a algún bien o cosa vinculada con la causación del derecho.

Por lo anterior, determinándose la naturaleza del servicio o el uso o aprovechamiento de bienes que causan los derechos, se puede apreciar con facilidad si en el cobro de los derechos se trata igual a los iguales y desigual a los desiguales y como consecuencia si se respeta o no el principio de equidad tributaria.

3.3. Exenciones

La exención es una figura que adquiere especial relevancia para el principio de equidad tributaria, en virtud de que como sabemos mediante la exención se libera de obligaciones a causantes de las contribuciones.

Una persona exenta es una persona que causa la contribución de que se trata y que sin embargo la propia Ley libera a esa persona de sus obligaciones tributarias.

Así tenemos que mediante la exención se da un tratamiento favorable a las personas que se ubiquen en una situación concreta definida por la propia Ley que establece la contribución, por lo que debemos preguntarnos si este tratamiento desigual es violatorio del principio de equidad tributaria.

Ante el hecho de que las exenciones se establecen de manera general para las personas que reúnan ciertas condiciones, es evidente que existen diferencias entre las personas que se ven favorecidas y las personas que no están contempladas en la exención.

Para poder determinar si las diferencias existentes justifican el establecimiento de la exención, se deben de analizar qué tipo de diferencias son y a partir de ello concluir si se respeta el principio de equidad tributaria.

Si el impuesto está correctamente diseñado no existirá la necesidad de establecer exenciones por diferencias en la capacidad contributiva, ya que al respetarse el principio de proporcionalidad tributaria, se otorga por el propio mecanismo o sistema del impuesto un trato más favorable a quien tiene menos capacidad contributiva, por ello las exenciones establecen tratos desiguales en factores que no tienen una relación directa con la medición de la capacidad contributiva de los pagadores del impuesto.

Así las cosas, la exención tiene la naturaleza de ser una medida que otorga un beneficio a un sector de los causantes que respecto del resto de ellos no guarda diferencia en cuanto a la medición que se hace de la capacidad contributiva.

Ante esto pareciera que la exención es violatoria del principio de equidad, sin embargo ello no es así, ya que el legislador al establecer las contribuciones no solo debe buscar recaudar, sino que mediante el sistema impositivo del país se debe buscar el crecimiento económico y el bienestar de la población, por ello cuando las contribuciones que aún y cuando estén bien diseñadas en términos de los principios constitucionales, establecen gravámenes que pueden afectar el crecimiento económico o el bienestar de un sector de la población, el legislador introduce exenciones a las obligaciones tributarias que eliminan el posible efecto negativo del gravamen en el crecimiento económico y el bienestar de la población.

Conforme a lo expuesto, la exención se justifica siempre y cuando con el establecimiento de la misma, el legislador persiga un interés público definido de carácter social o económico, por ello se afirma que el principio de equidad no es un principio rígido, ya que claramente se ha aceptado que mediante las exenciones se puede dar un trato diferenciado a quienes en términos de la medición de la capacidad contributiva son iguales.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido que la excepción a los principios constitucionales tributarios, puede tener como fundamento la persecución de fines constitucionales legítimos cuando se buscan fines extrafiscales que estén justificados.

En la tesis que a continuación se transcribe se aprecia con claridad la posición de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

«PRODUCCIÓN Y SERVICIOS. LOS FINES QUE JUSTIFICAN LA EXENCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, INCISO F), DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL RELATIVO, SE SUSTENTAN EN EL INTERÉS DE PROTEGER A LA INDUSTRIA AZUCARERA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2004). Independientemente de que el tributo tenga como característica principal un fin recaudatorio, la excepción a los principios tributarios contenidos en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se fundamenta en la persecución de fines constitucionalmente legítimos, de manera que frente a estos objetivos, los principios de proporcionalidad y equidad no suponen límites estrictos, es decir, caben excepciones a dichos valores fundamentales cuando el tributo persigue fines extrafiscales que estén justificados, esto es, siempre que la utilización extrafiscal se dirija a la consecución de otros fines de interés público. En ese sentido, se concluye que la exención establecida en el artículo 8o., fracción I, inciso f), de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios vigente en 2004, está sustentada en el interés público y constitucional de proteger a la industria azucarera, lo cual se enmarca en el capítulo económico de la Constitución Federal, concretamente en su artículo 28; de ahí que al tener rango constitucional el instrumento fiscal, por suponer la persecución de fines concretos constitucionales motivados en el proceso legislativo, debe estimarse acorde a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad a la finalidad que el legislador pretendió alcanzar.»

En la tesis transcrita se define con precisión que el principio de equidad admite excepciones y que esas excepciones deben estar justificadas con fines extrafiscales de interés público.

En estos términos, tenemos que existe la posibilidad de que se establezca una exención cuando haya la necesidad de apoyar un

sector económico y cuando éste apoyo sea justificado por el interés público, es decir las exenciones que tienen razones económicas buscan favorecer a un sector que debe protegerse para que no haya un impacto negativo en la economía de la población en general, y solo cuando la protección al sector sea justificado en términos del beneficio general.

En el caso de las exenciones que tienen un fin al que podemos llamar social, buscan beneficiar a la población en general al incentivar o inhibir por medio de las contribuciones actividades sociales, en estos casos es más fácil identificar el beneficio social y por ello determinar la justificación de la exención tributaria.

La exención tributaria solo se justifica por el fin económico o social de interés público que arroja un beneficio para el fin del Estado que es la prosecución del bien común.

4. Principio de Legalidad

El principio de legalidad tributaria significa que todas las contribuciones que se pagan en México deben ser establecidas por una Ley emitida por el Congreso de la Unión o por los Congresos de los Estados, ya que estos órganos de gobierno son los únicos que en el ámbito de sus respectivas competencias tienen la capacidad de emitir normas jurídicas de las denominadas leyes.

Los órganos legislativos señalados tienen dos características por las que se piensa el Constituyente estableció el principio de legalidad en la fracción IV del artículo 31, siendo la primera de estas características el hecho de que estos órganos de gobierno tienen la representatividad del pueblo toda vez que en ellos participan los diversos sectores de la sociedad.

Por otra parte tienen la característica de ser órganos deliberativos cuyas determinaciones a diferencia de los órganos de gobierno unipersonales, pasan por una amplia discusión en donde los diversos integrantes de estos cuerpos protegen o cuidan al sector de la sociedad del que provienen o que de acuerdo a su corriente de pensamiento político creen que debe ser protegido, ocasionando que sea más difícil que las decisiones en lo que concierne al establecimiento de un gravamen puedan ocasionar una afectación grave de un sector del país.

En estos términos el principio de legalidad impone la necesidad de que las contribuciones sean establecidas solo por los órganos de gobierno que representan al pueblo, cuyo funcionamiento debe garantizar que las decisiones que se tomen al establecer gravámenes sean consensuadas y reflexivas.

La imposición del principio de legalidad protege el patrimonio económico de los diferentes sectores de la sociedad, garantizando que las afectaciones económicas producto de las contribuciones, sean decisiones que solo se den mediante la expedición de una ley en donde deben tener intervención los representantes de todos los sectores de la sociedad.

Conforme a lo expuesto sabemos que el principio de legalidad tributaria significa que solo mediante una norma jurídica denominada ley se puede establecer una contribución, por lo que ahora debemos determinar cuándo una contribución está determinada por la ley y cuáles son los supuestos en los que se violaría este principio, por lo que debemos estudiar los alcances que tiene este principio al señalar que solo mediante una ley se puede establecer una contribución.

4.1. Alcances

Como ya hemos asentado anteriormente el principio de legalidad tributaria nos define que toda contribución debe estar establecida en una ley, por tanto el establecimiento de las contribuciones se limita solo a los órganos de gobierno que tienen la facultad de emitir leyes.

Ante este principio es muy poco probable que nos encontremos con una contribución que no esté contemplada en una ley, sin embargo lo que si podemos apreciar que llega a acontecer es el caso de una contribución que a pesar de estar contemplada en una ley, viola el principio de legalidad tributaria en virtud de no estar correctamente definida la contribución en la ley.

Para que se respete el principio de legalidad tributaria, la ley que establece la contribución debe definir todos y cada uno de los elementos de las contribuciones, necesarios para determinar quienes deben pagar la contribución y cuanto se debe de pagar.

La ley que establece la contribución es la que debe definir quiénes van a pagar la contribución, por ello en la ley se deben definir con toda claridad quienes son los sujetos (pasivos) de la contribución y además cual es el objeto de la contribución, entendido esto como la conducta que se encuentra gravada.

Solo si se establecen estas dos situaciones, es la ley quien define quienes pagan la contribución, toda vez que si la ley señala que será un reglamento o alguna actuación de la autoridad administradora de la contribución quien defina alguno de los elementos señalados, entonces no sería el legislador quien está definiendo quienes deben de pagar la contribución sino que estaría definiendo esta situación a

quien la ley le encomiende la determinación de los sujetos pasivos y/o del objeto de la contribución.

Por otra parte, en la propia ley se debe señalar cuanto es lo que tienen que pagar quienes deben de pagar la contribución, es decir, en la ley se debe definir con claridad cuál es la base sobre la que se aplicará la tasa o tarifa y obviamente se debe definir la tasa o tarifa aplicable.

Como sabemos, la base y la tasa o tarifa de una contribución son los elementos necesarios para determinar el monto a pagar, razón por la cual esto debe ser definido por el legislador, ya que esta es precisamente la intención del principio de legalidad tributaria, el que sea el legislador y nadie más quien defina quién paga y cuánto paga, para que sean los representantes populares por medio de un procedimiento deliberativo los que establezcan las cargas tributarias a la población.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido precisamente que el principio de legalidad debe ser valorado en los términos en que se ha planteado, lo cual se aprecia en la tesis que a continuación transcribo.

«LEGALIDAD TRIBUTARIA. SU ALCANCE CUANDO EL LEGISLADOR FACULTA A UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA ESTABLECER EL VALOR DE UN FACTOR QUE INCIDE EN EL MONTO DE LA BASE GRAVABLE O EN LA CUANTÍA DE UNA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA ACCESORIA. Para verificar el apego al principio de legalidad tributaria de los actos formal y materialmente legislativos en los que se faculta a una autoridad administrativa para establecer el valor de un factor que incide en el monto de la base gravable o tiene algún efecto sobre una obligación tributaria

accesoria, pero constituye un parámetro que debe ser tomado en cuenta por todos los contribuyentes que se ubiquen en el supuesto normativo que ordena su aplicación, de especial relevancia resulta distinguir si la actividad encomendada al respectivo órgano del Estado se limita a levantar un dato que deriva del mercado o bien constituye un valor que por la naturaleza del fenómeno a cuantificar implica, necesariamente, que un órgano técnico con base en los datos observados a lo largo del tiempo y, del análisis comparativo que realice de éstos, obtenga el valor que trasciende al monto de la respectiva obligación tributaria. En la primera hipótesis, que acontece cuando el legislador establece que un órgano técnico obtendrá el valor que revele en un momento específico a cuánto asciende una variable económica, debe concluirse que si la ley únicamente dispone que ese valor o precio debe tomarse en cuenta para efectos tributarios, sin precisar el mecanismo que seguirá para conocerlo, ello no implica dejar al arbitrio de la autoridad el monto correspondiente, pues al señalar que debe considerarse el valor que las fuerzas del mercado fijan en un momento específico a un determinado bien o a un indicador económico, la actividad técnica de la autoridad administrativa se limita a levantar de la realidad económica ese valor, lo que no implica comparar datos observados en diversos momentos, sino simplemente acudir a lo que en un momento dado revela el mercado, por lo que en tal hipótesis no queda al arbitrio de órganos ajenos al Poder Legislativo la determinación de los elementos que trascienden al monto de las cargas tributarias de los gobernados, pues será la realidad económica que se ordena valorar y no la voluntad de las autoridades administrativas la que determine la afectación patrimonial que una contribución o una obligación tributaria accesoria representa para los gobernados, sin desconocer que el órgano técnico competente puede incurrir en una aplicación incorrecta de la ley por una apreciación equivocada de esa realidad. En cambio, en la segunda hipótesis antes precisada,

como sucede por ejemplo con el valor del Índice Nacional de Precios al Consumidor, sí es necesario que el legislador prevea qué procedimiento debe seguir el órgano técnico para obtener dicho valor, pues éste deriva de comparar el movimiento de los precios a lo largo del tiempo, para obtenerlo no basta levantar datos del mercado relativos a un mismo momento, sino que se comparan diversos valores (precios del mes base y del mes al que se refiere el Índice), y es la necesidad de acotar el arbitrio para realizar tal comparación, en aras de respetar el principio tributario de legalidad, lo que torna indispensable prever en un acto formal y materialmente legislativo el procedimiento al cual debe sujetarse el órgano técnico que lleve a cabo la cuantificación y comparación de los valores observados en diversos momentos, de manera tal que se impida su actuación arbitraria y, además, se genere certidumbre a los gobernados sobre los factores que inciden en la cuantía de sus cargas tributarias.»

Es claro que las violaciones al principio de legalidad no se van a derivar de establecer una contribución por medio de una norma que no es una ley o por no incluir en la ley la definición de uno de los elementos de las contribuciones que determina quién paga y cuanto se paga, ya que esto sería un error muy difícil de que ocurra por ser evidente la violación al principio que nos ocupa, sin embargo la introducción en la ley de un mecanismo en donde la autoridad administrativa determine de manera discrecional algún elemento que sirve a su vez para determinar la base de la contribución, es posible que ocurra y de hecho ha ocurrido como se aprecia en la tesis de jurisprudencia que fue transcrita.

Sergio Francisco de la Garza refiriéndose al principio de legalidad tributaria expone con gran claridad el alcance y razón de ser de

este principio señalando que «Examinando atentamente este principio de legalidad a la luz del sistema general que informa nuestras disposiciones constitucionales en materia impositiva y su evolución racional e histórica, se encuentra que la necesidad de que la carga tributaria de los gobernados esté establecida en una ley, no significa tan sólo que el acto creador del impuesto deba emanar de aquel poder que, conforme a la Constitución del Estado está encargado de la función legislativa, ya que así se satisface la exigencia de que sean los propios gobernados, a través de sus representantes, los que determinen las cargas fiscales que deben soportar, sino fundamentalmente que los caracteres esenciales del impuesto y la forma, contenido y alcance de la obligación tributaria, estén consignados de manera expresa en la ley de tal modo que no quede margen para la arbitrariedad de las autoridades exactoras ni para el cobro de impuestos imprevisible o a título particular, sino que el sujeto pasivo de la relación tributaria pueda en todo momento, conocer la forma cierta de contribuir para los gastos públicos del Estado, y a la autoridad no queda otra cosa sino aplicar las disposiciones generales de observancia obligatoria, dictadas con anterioridad al caso concreto de cada causante.»

Como se puede apreciar, la exposición que hace Sergio Francisco de la Garza coincide con lo sostenido en este trabajo y con el criterio que en reiteradas ocasiones la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en relación con el principio de legalidad tributaria, el cual se recoge en la tesis que fue transcrita.

4.2. Excepciones

El principio de legalidad tributaria a que hemos aludido tiene sus excepciones, que como es lógico suponer se establecen en la propia CPEUM, ya que de otra forma no fuera posible.

4.2.1. Decreto Delegado

La primera de las dos excepciones deriva del artículo 131 de la CPEUM que establece la base de lo que se denomina Decreto Delegado, el cual es mencionado por todos los autores de la materia como una de las fuentes del derecho fiscal mexicano.

El artículo 131 de la CPEUM establece lo siguiente:

«Art. 131. Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar, en el Distrito Federal, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio

Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.»

Como se puede observar de la transcripción que se hace del artículo 131 de la CPEUM, en el segundo párrafo se establece la posibilidad de que el Congreso de la Unión faculte al Presidente de la Republica para modificar los impuestos al comercio exterior, es decir que el Congreso delegue en el Ejecutivo la facultad de determinar los elementos de los impuestos al comercio exterior, originando con ello que se denomine al ejercicio de esta facultad por parte del Ejecutivo, Decreto Delegado, ya que las determinaciones que realiza el Presidente de la Republica las hace precisamente a través de decretos.

El Constituyente ha establecido en el artículo 131 la posibilidad de que el Congreso de la Unión delegue en el Presidente de la Republica una serie de facultades vinculadas en todos los casos con la introducción o extracción de mercancías al territorio nacional, previendo precisamente que en virtud del principio de legalidad tributaria los cambios a las normas fiscales del país serían reflexivos y consensuados y por lo tanto lentos.

Como consecuencia de ello y de que en la introducción y extracción de mercancías del territorio nacional existe la necesidad de tomar medidas urgentes para proteger la economía del país o la salud pública, se establece la posibilidad de que se delegue en un órgano de gobierno de naturaleza ejecutiva como es la Presidencia de la República, la posibilidad de tomar medidas que llegan a modificar las normas tributarias en esta materia.

La posibilidad constitucional que establece el artículo 131 es una realidad a partir de que el Congreso de la Unión ha expedido la Ley de Comercio Exterior y ha establecido en la fracción I del artículo 4 que el Presidente de la República tiene la facultad de crear, aumentar, disminuir o suprimir aranceles, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la CPEUM.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación refiriéndose a los decretos delegados ha emitido las siguientes tesis en donde refiere el origen y las limitantes de la facultad establecida en el artículo 131 de la Constitución federal.

«COMERCIO EXTERIOR. LA LEY FEDERAL RELATIVA ES LA NORMA A TRAVÉS DE LA CUAL EL CONGRESO DE LA UNIÓN DELEGÓ SU POTESTAD TRIBUTARIA AL TITULAR DEL EJECUTIVO FEDERAL PARA REGULAR LAS MATERIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 131, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Conforme al precepto constitucional citado, con el objeto de dotar al Estado de mecanismos jurídicos eficientes y expeditos que le permitan encauzar las operaciones de comercio internacional en beneficio de la economía nacional y responder con la diligencia necesaria a las fluctuaciones generadas en el intercambio de bienes con el sector externo, el Congreso de la Unión está facultado para autorizar al Ejecutivo Federal para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación. Ahora bien, si se atiende a que el artículo 4o., fracción I, de la Ley de Comercio Exterior establece que el Ejecutivo Federal tiene facultades para “crear, aumentar, disminuir o suprimir aranceles, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos”, resulta evidente que a través de dicha ley el Congreso de la Unión expresamente delegó su potestad tributaria al Presidente de la República para emitir disposiciones de observancia general en materia arancelaria o no arancelaria, siguiendo los lineamientos establecidos en el precepto constitucional referido.»

«COMERCIO EXTERIOR. LA POTESTAD LEGISLATIVA QUE EL CONGRESO DE LA UNIÓN DELEGA AL TITULAR DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL EN ESA MATERIA, NO ES ILIMITADA. La delegación de las facultades del Congreso de la Unión al titular del Poder Ejecutivo Federal para regular las materias a que se refiere el artículo 131, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está limitada, al menos a que: a) se refiera específicamente a las materias que el propio precepto constitucional establece, esto es, a “aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos”; b) el Ejecutivo Federal “lo estime urgente”; c) el ejercicio de dicha facultad tenga como fin “regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país”; d) el propio Ejecutivo someta a la aprobación del Congreso de la Unión el uso que hubiese hecho de la referida facultad; y, e) que ello se haga al momento en que el Ejecutivo remita el presupuesto fiscal de cada año, lo que significa que anualmente debe informar al Congreso sobre las facultades ejercidas en la materia de que se trata.»

Los llamados decretos delegados con las limitantes apuntadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son en la realidad mexicana una fuente del derecho fiscal o tributario, ya que los

decretos delegados son de uso corriente en nuestro país en virtud de que el Congreso de la Unión por medio de la LCE en su artículo 4, ha delegado en el Presidente de la República las atribuciones que el artículo 131 de la CPEUM permite delegar.

4.2.2. Decreto Ley

Por otra parte existe un caso de excepción derivado del artículo 29 de la CPEUM que regula la suspensión de las garantías individuales como consecuencia de un estado de emergencia o de sitio.

«Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.»

Como consecuencia de que se presente un caso de emergencia o de sitio y se suspendan derechos y garantías en el país, se otorgarán facultades extraordinarias al Presidente de la República que le permitirán legislar en las materias que sea necesario para enfrentar la situación, incluyendo por supuesto a la materia tributaria, de

ahí que derivado del artículo 29 de la CPEUM se habla de que los decretos ley puedan constituirse como una fuente del derecho fiscal o tributario.

A diferencia del denominado decreto delegado que es de uso común y constante en el Derecho Mexicano, el decreto ley nunca se ha constituido como una fuente real del Derecho Fiscal Mexicano.

En México, durante la vigencia de la actual CPEUM de 1917 no ha existido la necesidad de suspender los derechos y garantías en los términos señalados y por ello no se han expedido decretos ley con fundamento en el artículo 29 de la CPEUM.

«Los Decretos-Ley no son ni pueden ser una fuente formal permanente del Derecho Fiscal, pero eso no significa que deba desdeñarse como tal, toda vez que si en el futuro, por cualquier circunstancia, el gobierno mexicano se ve forzado a decretar de nueva cuenta una suspensión de garantías individuales, ante la avalancha de ingentes problemas económicos que día con día en número creciente apremian y presionan la actividad gubernamental, con toda seguridad un buen número de los Decretos-Ley que con tal motivo llegaren a emitirse se convertirán, a no dudarlo, en la fuente formal más importante de nuestra disciplina.»

Con lo expuesto hemos establecido que por mandato expreso de la CPEUM, las contribuciones sólo se pueden imponer mediante una ley, dando con ello origen al llamado principio de legalidad tributaria, mismo que tiene como únicas excepciones lo dispuesto en el artículo 131 segundo párrafo y en el artículo 29 de la propia CPEUM.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARRIOJA VIZCAÍNO, A., Derecho Fiscal, Editorial Themis, México, D.F., 1998.

CAZORLA PRIETO, L.M., Derecho Financiero y Tributario, Editorial Aranzadi, Novena Edición, Pamplona, 2008.

SÁNCHEZ LEÓN, G., Derecho Fiscal Mexicano, Cárdenas Editores y Distribuidores, La Mesa B.C., 1994.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, M., Derecho Tributario, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, Tijuana, 1988.

RODRÍGUEZ LOBATO, R., Derecho Fiscal, Editorial Oxford, Tercera Edición, D.F. 2014.

VENEGAS ÁLVAREZ, S., Derecho Fiscal, Editorial Oxford, México D.F., 2010.

DE LA GARZA, S. F., Derecho Financiero Mexicano, Editorial Porrúa, México D.F. 1994.

SOBRE EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Jorge Leoncio Ramírez Sánchez*

Integrante del Comité de Participación Ciudadana
del Sistema Estatal Anticorrupción de Tamaulipas

A Sofía

*A los que tienen el poder de decisión en
Tamaulipas.*

*“Advertirá a los corruptos que no vamos
a seguir tolerando que se traicione la
confianza de la opinión pública”.¹*

¹ Palabras establecidas en el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, consultada en la página de internet https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf el trece de octubre de dos mil dieciséis.

*Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Consejero del Comité de Participación Ciudadana del Sistema Estatal Anticorrupción del Estado.

ÍNDICE:

- 1. Introducción.**
- 2. Sobre la corrupción.**
- 3. Gestión del Sistema Nacional Anticorrupción.**
- 4. La creación y reforma de leyes que originó el Sistema Nacional**
- 5. Anticorrupción.**
- 6. Sobre los principios, virtudes o valores.**
- 7. Causa generadora de la corrupción.**
- 8. Justificación de las propuestas.**
- 9. Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN.

La corrupción es un problema que a todos afecta, daña, oprime, reprime y poco a poco, como una enfermedad, acaba a las Instituciones Públicas. Por lo tanto, todos los ciudadanos tenemos la obligación de contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, a combatir el problema.

A lo largo del presente ensayo se hace una breve referencia a lo que es la corrupción, se citan los principales instrumentos internacionales que han expedido los grandes Organismos Internacionales en donde se busca de manera general, que los Estados adopten las medidas necesarias para erradicarla.

Así mismo, se hace una breve referencia de los antecedentes del Sistema Nacional Anticorrupción, de la forma que fue creada la propuesta para lograr que se establezca en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que es el principal cuerpo normativo en donde se señalan los derechos humanos y la forma de organizarse las instituciones públicas de nuestro país.

De igual forma se señalan las nuevas leyes creadas con motivo del Sistema y la modificación a diversa normativa, en donde se establecen los principios, bases generales, políticas públicas y la coordinación para prevenir, detectar y sancionar los hechos de corrupción.

Se hace una breve referencia a lo que, en concepto del autor, es el motivo que lleva al ser humano- servidor público, a ser corrupto. Por último, se hace una justificación de las propuestas que en el apartado de las conclusiones se especifican con claridad.

SOBRE LA CORRUPCIÓN.

La corrupción, según el diccionario de la Real Lengua Española en una de sus acepciones consiste en que “en las organizaciones, especialmente en las públicas, es la práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho económico o de otra índole, de sus gestores”¹.

Por su parte, la corrupción, según el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, “es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”².

Así mismo, en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, en su preámbulo también señala que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”³ “La corrupción mata a sus propios ciudadanos”⁴.

Ahora bien, el Estado mexicano impulsado por las Convenciones y Organismos Internacionales de que se ha dado cuenta, el veintisiete de mayo de dos mil quince publicó en el Diario Oficial de la Federación las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante las cuales se crea el Sistema Nacional Anticorrupción, expidiéndose al efecto la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la que se publicó el pasado

¹Diccionario de la Real Lengua Española consultado en la página de internet: <http://dle.rae.es/?id=B0dY4I3> el trece de octubre de dos mil dieciséis.

²Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción consultada en la página de internet: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf el trece de octubre de dos mil dieciséis.

³ Convención Interamericana Contra la Corrupción, consultada en la página de internet: <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0423.pdf> el trece de octubre de dos mil dieciséis

⁴Palabras del profesor Marx Kaiser Director de Anticorrupción de IMCO en el programa “Cuentas Claras” del Canal Judicial transmitido el veintinueve de octubre de dos mil dieciséis

dieciocho de julio de dos mil dieciséis, que entró en vigor, según el artículo primero transitorio, al día siguiente de su publicación.

GESTIÓN DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN.

En este apartado cabe recordar que la propuesta en su origen consistía en crear una gran Comisión Nacional Anticorrupción, sin embargo se consideró no sería suficiente para atender toda la problemática del país; de ahí que se fue modificando la propuesta inicial para idear un Sistema que implica, en el caso concreto, que serán diversas Instituciones las encargadas de prevenir, investigar y sancionar las faltas administrativas y los hechos de corrupción.

Ahora bien, el Estado Mexicano en años recientes ha venido realizando una serie de reformas que denominan “estructurales” en la Constitución Federal en materia de Derechos Humanos, Amparo, en Materia Fiscal, de las Telecomunicaciones, que en efecto, son necesarias para contribuir al mejor funcionamiento de la sociedad, al bien común; sin embargo, de manera concomitante se había omitido resolver este problema que afecta también a las Instituciones, al sistema democrático.

Es así que ahora el Sistema Nacional Anticorrupción se convierte en una función básica del Estado al estar precisamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se sientan las bases, principios y órganos necesarios para la implementación del Sistema, así como la creación de leyes y modificación de la normativa necesaria.

LA CREACIÓN Y REFORMA DE LEYES QUE ORIGINÓ EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN.

En la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, que nace con motivo de dicho Sistema, se establecen las bases de coordinación entre la Federación, los Estados y Municipios, los principios que rigen el servicio público, que consisten en una serie de valores, virtudes o normas de conducta; el objeto del Sistema Nacional Anticorrupción; la forma de integrarlo; el Sistema Nacional de Fiscalización; la Plataforma Digital Nacional; y las Recomendaciones del Comité Coordinador.

La aludida reforma constitucional también implicó la creación de la Ley General de Responsabilidades Administrativas la que también se publicó en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de julio de dos mil dieciséis, empero su texto sería vigente hasta el diecinueve de julio de dos mil diecisiete; abrogándose la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y La Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas.

En esta nueva Ley destaca que se establecen también los principios y directrices que deben regir la actuación de los Servidores Públicos que no son otra cosa que la actuación ética. De la misma forma se especifican cuáles son las autoridades competentes para aplicar la ley, los mecanismos de prevención e instrumentos de rendición de cuentas, las faltas administrativas de los Servidores Públicos como no graves o graves; las sanciones; la investigación y calificación de las faltas; y el procedimiento de responsabilidad administrativa.

Por último, la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, en donde se fiscaliza precisamente la cuenta pública, el gasto federalizado de las entidades federativas y de los municipios; se establece un apartado de fincamiento de responsabilidades; los recursos en contra de las determinaciones; así mismo se señalan en un apartado las funciones de la Cámara de Diputados en la fiscalización de la cuenta pública; la organización de la Auditoría Superior de la Federación; y una apartado respecto de la Contraloría Social.

Se reforman la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal Administrativa, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; el Código Penal Federal; y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

SOBRE LOS PRINCIPIOS, VIRTUDES O VALORES.

Lo que llama fuertemente la atención en las nuevas leyes es la remisión a principios, virtudes o valores con que se deben de conducir las personas que laboran principalmente en el servicio público.

Es decir, se ha tenido que llegar a la necesidad de crear todo un sistema normativo, primero a nivel mundial, continental y nacional que busca estandarizar las conductas de los individuos para combatir el problema epidémico de la corrupción.

En este acto conviene preguntar ¿por qué todos los seres humanos no son íntegros, decentes, decorosos, recatados, pudorosos, razonables, justos, probos, rectos, honrados? O en otro términos ¿Por qué son corruptos?

En principio se debe de destacar que para tener un puesto público se debe contar con la capacidad en principio de discernir lo que es correcto o no, si los actos que realiza son o no apegados a principios axiológicos.

Una respuesta sencilla es que el ser humano es imperfecto, pero ¿por qué es imperfecto? Se hace referencia a lo imperfecto porque se carece de tener el mayor grado de bondad o excelencia.

CAUSA GENERADORA DE LA CORRUPCIÓN.

David Hume en su “Tratado de la naturaleza Humana” (1739), que ha sido considerado como uno de los libros más relevantes en la historia de la filosofía; y Jean- Jacques Rousseau en su “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres” (1754); ya hablaban de que “el placer y dolor corporales son el origen de varias pasiones cuando son sentidas y consideradas por el espíritu, pero surgen originalmente en el alma o en el cuerpo -sea lo que sea- sin ningún pensamiento o percepción que los preceda”⁵; y de ahí clasifica a las pasiones como directas que son el bien o el mal y el placer o el dolor, de las que surge el deseo de aversión, pena; alegría; esperanza; miedo; menosprecio y seguridad. Así mismo, hace una clasificación de las pasiones indirectas, que en su concepto son el orgullo, la humildad; ambición; vanidad; amor; odio; envidia; piedad; malicia y generosidad.⁶

⁵Hume, David. Tratado de la Naturaleza Humana. Servicio de Publicaciones. Diputación de Albacete. Libros en la Red. Página de internet: <http://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf> Consultado el día dos de septiembre de 2015

⁶Hume, David. Op. Cit. Pag. 208.

Así mismo, consideraban que en la especie humana hay dos clases de desigualdades, la natural o física que consiste en las diferencias de edad, de salud, de las fuerzas del cuerpo y de las cualidades del espíritu o del Alma; y la otra que es la desigualdad moral que depende de la convención porque ha sido establecida por la sociedad como el ser más rico, más respetados, más poderosos y hasta el hacerse obedecer,⁷ que en nuestro concepto se puede modular, combatir y terminar a través de los códigos deontológicos.

JUSTIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS.

Y en esto último es en lo que se quiere hacer énfasis. Las personas que no son debidamente seleccionadas para ejercer una función pública ya sea porque su prioridad no es la de buscar el bien común -en términos generales-, es la que socava a las instituciones públicas, la que daña, perjudica, defrauda, corrompe los entes gubernamentales.

Entonces, ya tenemos dos corrientes de pensamiento para abonar a solucionar el problema, la ética por una parte y la selección del personal que ejerce la función pública.

La ética o moral en la actualidad y nada -perdón-, es lo mismo. Mientras los intelectuales, juristas o doctrinarios sigan diciendo que puede regir o no el comportamiento del ser humano, cuyo cumplimiento se deja simplemente al elemento volitivo de la persona; no va a pasar absolutamente nada en contra de la buena intención que pueda tener una corriente ideológica para combatir el problema de la corrupción.

Es decir, si bien la ética o moral en su tiempo fue una forma de control de la sociedad al igual que la religión y la ley; ahora en la actualidad no tiene la suficiente fuerza de convicción para que el ser humano respete esos principios éticos o morales. Se considera que

⁷Rousseau, J.J., Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres". La traducción del francés ha sido hecha por Ángel Pumarega. C.A.L.P.E. Madrid 1993. Página de internet: http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/5.pdf Consultado el día dos de septiembre de dos mil quince.

debe de existir un peligro latente de sanción ante la infracción de los principios, verbigracia, a que hace referencia el artículo 5 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, como son legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, eficacia, equidad, transparencia, economía, integridad y competencia de mérito.

Así, se precisa señalar que la infracción de tales principios ya en sí implican un delito como son cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información, abuso de funciones, conflicto de intereses, contratación indebida, enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de intereses, tráfico de influencias, encubrimiento, desacato, etcétera, que se definieron de los artículos 52 a 63 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Es decir, ya existe sanción por la infracción de las mencionadas virtudes, para lo cual únicamente es necesario acudir por ejemplo a los códigos penales para comprobar esa circunstancia; sin embargo, dado que va implícito un aspecto subjetivo “que se deja al elemento volitivo de la persona” y que es difícil de comprobar, es por lo que se ha insistido en la necesidad de expedir códigos de ética para persuadir al funcionario público a que los acate.

Esto es así porque la mayoría de los códigos deontológicos expedidos para regir la actuación de determinadas instituciones gubernamentales, por regla general no contienen una sanción, por lo tanto no vinculan responsabilidad a esos funcionarios públicos.

En resumen, la buena intención que se establece en la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, que consista en la sola expedición de códigos de ética dirigidos a los funcionarios de determinadas instituciones en donde se enumeren, conceptualicen y ejemplifiquen la virtud, valor o principio, sin establecer sanción, seguirá sirviendo para nada. Únicamente se adornara la Institución que lo expida, pero no tendrá la fuerza vinculatoria, se insiste para abonar a combatir la corrupción.

Por lo tanto, debe de existir una sanción por la infracción de los códigos de ética que expidan los entes gubernamentales, y principalmente seguir tratando de convencer al servidor público, luchando contra ese elemento subjetivo tan difícil de comprobar cuando actúa indebidamente, porque únicamente depende del interior de la persona.

Por ello, se considera necesario, que se expida un Código Nacional de Ética del Servicio Público, dirigido precisamente a todos los servidores públicos en donde se establezcan una serie enunciativa de principios, virtudes o valores que se deben de observar, la ejemplificación de determinadas conductas, un apartado de excusas e impedimentos para conocer de determinados asuntos que puedan comprometer su parcialidad, y un capítulo específico de responsabilidades en la función pública.

Hecho lo anterior, la ética necesariamente será obligatoria para todas las instituciones públicas de nuestro país y vinculante para los funcionarios.

Por otro lado, un aspecto de importante relevancia que no se consideró por parte del Congreso de la Unión en el Sistema Nacional Anticorrupción, es el de dar las bases para crear los sistemas generales de carrera profesional en las instituciones públicas, para estar en la posibilidad de seleccionar a la persona que tenga el mejor perfil para ocupar los cargos.

Si bien algunas instituciones públicas ya cuentan con reglamentos internos que regulan la carrera profesional, ello depende de la intención de cada institución, es decir, no existe una disposición legal que obligue precisamente a esas instituciones a tomar en cuenta el servicio profesional de carrera para la mejor elección del funcionario público. Lo importante aquí es que las instituciones de gobierno tengan a los mejores funcionarios públicos, con ello, se puede abonar también al combate a la corrupción.

Lo anterior, porque con el actual sistema de libre designación en la conformación de los puestos públicos difícilmente tendremos a los mejores profesionales en los cargos de dirección. Estará el político más popular, pero no al profesional mejor preparado.

Para concluir, la corrupción nace porque el hombre es imperfecto, porque siembre busca satisfacer sus pasiones en su concepción de padecer, esto es, sentir físicamente y corporalmente un daño, dolor, enfermedad, pena o castigo, que lo lleva a buscar complementarse para ser más rico, más respetado, más poderoso y hasta el hacerse obedecer, mediante el orgullo, ambición; vanidad; odio; envidia; piedad; malicia.

CONSIDERACIONES FINALES.

1. Que se expida un Código Nacional de Ética en las Instituciones Públicas de observancia obligatoria, en donde se señalan los principios, virtudes o valores; un apartado donde se ejemplifique la infracción de esos principios; un capítulo de infracciones; un apartado de excusas para conocer casos en los que se pueda comprometer la parcialidad del servidor público.

2. Que se expida una Ley General que reglamente la carrera profesional en las instituciones públicas, en donde se contemple la realización de exámenes de oposición internos y libres para buscar al mejor funcionario público de entre los cuales el Gobernador, Diputado o Presidente Municipal pueda disponer.

BIBLIOGRAFÍA:

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal Administrativa.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Código Penal Federal.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Diccionario de la Real Lengua Española

Profesor Marx Kaiser Director de Anticorrupción de AIMCO en el programa Cuentas Claras del Canal Judicial transmitido el veintinueve de octubre de dos mil dieciséis

Hume, David. Tratado de la Naturaleza Humana. Servicio de Publicaciones. Diputación de Albacete. Libros en la Red. Página de internet: <http://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>

Rousseau, J.J., Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres". La traducción del francés ha sido hecha por Ángel Pumarega. C.A.L.P.E. Madrid 1993. Página de internet: http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/5.pdf

Revista
Justicia, Supremo Fin del Juez
"Ius est ars boni et aequi"

Diseño editorial y maquetación:
Departamento de Difusión del Poder Judicial del
Estado de Tamaulipas



Ciudad Victoria, Tamaulipas, Noviembre de 2017.



JUSTICIA, SUPREMO FIN DEL JUEZ

"Ius est ars boni et aequi"