luretec

luretec

TECNOLÓGICO DE MONTERREY

Año III
N° 4

Revista del Centro de Investigación Jurídica
Juan José Royo Provencio

Primera Edición 2010
Año 3 Número 4

Centro De Investigación Jurídica

Escuela de Negocios y Humanidades
ITESM Campus Chihuahua
Av. Heroico Colegio Militar 4700
CP. 31300 Chihuahua, Chih.

Impreso y Hecho en México
ISSN en trámite

CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

DIRECTORES

CAROLINA LEÓN BASTOS
ALEJANDRO WONG MERAZ

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores
de Monterrey, Campus Chihuahua

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann
Rector del Sistema ITESM

Dr. David Noel Ramírez
Rector de la Zona Norte, Sur y Occidente

Ing. Alberto Araujo Saavedra
Rector de la Zona Norte

Ing. Joaquín Guerra Achem
Director Campus Chihuahua

Dr. Tonatiuh Nájera Ruiz
Director Escuela de Negocios y Humanidades

Coordinación Editorial: Carolina León Bastos
Cuidado en la edición: Araceli Anchondo Guevara

Asistentes de Revista:
Araceli Anchondo Guevara, Alejandra Varela Ortíz
y María Cristina Reyes

Diseño de portada: Rogelio Estopellán Carvajal
Diseño editorial: Marcela Islas

Revista arbitrada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Las opiniones expresadas en esta revista son responsabilidad exclusiva de su autor. La publicación de los artículos, no implica que el ITESM o sus editores se solidaricen con el contenido de los mismos

CONTENIDO

La piratería: un antiguo delito que desafía las normas
jurídicas internacionales de nuestros días 1
CARLOS CERDA DUEÑAS

Delimitación Téorica del delito
penal fiscal…….…….....…..31
BRUNO LAURO CONSTANTINI GARCÍA

Tratado de Lisboa de la Unión Europea: Evolución, Reformas y
Aportes científicos.....87
NATHALIE DESPLAS PUEL
MARÍA TERESA ÁVILA FUENTES

La Tortura en México..... ……...……. 107
OSCAR A. MÜLLER CREEL

El Control Constitucional de Razonabilidad: El Caso Castañeda
Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Análisis del fallo dictado
por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....141
MARVIN ALBERTO ORTÍZ CASTILLO

La transformación del Estado y la Constitución desde la
construcción de la Unión Europea.....179
JAVIER RASCADO PÉREZ

La Coordinación Fiscal y su inserción
dentro del Sistema Federal Mexicano.
Génesis y Evolución.....…….207
NORMA ESTELA PIMENTEL MÉNDEZ

LA PIRATERÍA: UN ANTIGUO DELITO QUE DESAFÍA LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES DE NUESTROS DÍAS

CARLOS CERDA DUEÑAS*

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- ANTECEDENTES. III.- EL MARCO JURÍDICO MULTILATERAL DE LA PIRATERÍA. IV.- LEGISLACIONES INTERNAS SOBRE PIRATERÍA V.- LA JURISDICCIÓN "UNIVERSAL" DE KENIA EN MATERIA DE PIRATERÍA VI.- CONCLUSIÓN.

I.- Introducción

El antiquísimo delito de la piratería representa actualmente un singular desafío a la normatividad jurídica internacional debido, principalmente, a la carencia de preceptos para la persecución y sanción que sean uniformes y de aplicabilidad global, ya que normas generales existentes enuncian principios básicos y preceptos a que deben sujetarse las legislaciones domésticas que son los órdenes jurídicos a los cuales la norma internacional ha delegado la responsabilidad de tipificar y sancionar las conductas piráticas.

Esa generalidad y falta de uniformidad ha generado vacíos jurídicos, incertidumbre y vaguedades a la hora de perseguir y sancionar el delito, lo que se traduce en ocasiones en impunidad, que a su vez puede incentivar la realización de este tipo de conductas delictivas.

La piratería en su forma tradicional (pues es bien sabido que ahora se designa con este nombre a las transgresiones de la legislación en materia de derechos de autor, patentes y marcas) es un delito depermanente presencia, por lo que se ha considerado como un delito en contra del Derecho de Gentes.

* Abogado por la Universidad de Guadalajara y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores, ITESM, Campus Guadalajara.

La piratería en nuestros días es un fenómeno recurrente en diversas zonas del mundo como podrían ser el Canal de Mozambique, algunas regiones del Caribe, ciertas zonas costeras de la India, el delta del Níger y el Mar de China del Sur. Sin embargo, es evidente que ha cobrado cierto auge, particularmente en el Estrecho de Malaca y la zona del Mar Rojo: el Golfo de Adén, la cuenca somalí y el llamado cuerno de Africa.

En esta última zona el delito se ha expandido debido a la inestabilidad política y social en Somalia, propiciando un interesante esfuerzo de cooperación internacional para tratar de abatir dicho problema de la región que afecta a la comunidad internacional, evidenciando también que el marco jurídico que lo regula es impreciso e insuficiente.

El número de casos que se han presentado en los últimos años es alarmante. En 2009, el gobierno de España tuvo que establecer "un gabinete de crisis" que diera seguimiento al secuestro del buque "Alakrana" por piratas somalíes que mantuvieron a sus tripulantes cuarenta y tres días como rehenes y que sólo fueron liberados tras el pago de un rescate que, según se señaló, ascendió a cuatro millones de dólares.

En este ensayo se pretende revisar el marco jurídico internacional de la piratería, señalando particularmente la forma en que el Derecho Internacional ha delegado en las legislaciones nacionales la posibilidad de su sanción; los esfuerzos realizados los últimos años, sobre todo a partir del incremento de este tipo de actividades ilícitas; mencionando las causas que han contribuido a la expansión del fenómeno y las propuestas que se han hecho para su supresión y castigo.

II.- Antecedentes

La piratería tiene sus primeras expresiones con los bloqueos sucedidos para copar las rutas marítimas de la antigua Grecia y ha permanecido como una amenaza constante para las naciones ribereñas, manifestándose con periodos de mayor o menor expresión. Antonio Truyol y Serra considera que es a finales del siglo XVII y principios del XVIII cuando se genera "el agravamiento del estatuto de la considerada como un delito del Derecho de gentes, susceptible de ser

perseguido y castigado por cualquier instancia, lo que el poder creciente de las marinas de guerra ya permitía"[1].

Los piratas han generado una imagen negativa que puede reafirmarse con la siguiente expresión de la época de la Colonia española: "han sido siempre tan odiosos los piratas que son ladrones públicos y perturbadores de la paz y del comercio, además de ser malditos y excomulgados, ajenos de todo favor de derechos y leyes, y que de acuerdo con las mismas cualquier persona particular puede aprehenderlos y matarlos"[2], es decir, en aras de su represión, se reconoce la más amplia jurisdicción que quizá hasta comprendía a los particulares. En esa misma época fue preocupación de la corona española determinar quién juzgaba a los piratas hasta que se expidió Cédula Real al respecto para que éstos fueran enjuiciados en Indias, debiendo "juzgarse y castigarse en ellas, sin que fuera necesario enviarlos a España, con el objeto de evitar los grandes gastos que su envío representaba"[3].

Los últimos años han atestiguado un crecimiento significativo de este delito, acentuándose en ciertas regiones bien focalizadas: el estrecho de Malaca y el Mar Rojo, sin que ello implique que no se den hechos aislados en otras latitudes oceánicas.

Los esfuerzos de cooperación jurídica y logística de los países de la región han hecho que la piratería haya descendido considerablemente en la zona del sudeste asiático, particularmente en el mencionado estrecho de Malaca donde anualmente un promedio de cincuenta mil buques surcan sus aguas.

El problema más grave se localiza en el Mar Rojo, específicamente en la zona del Golfo de Adén y el llamado Cuerno de Africa, a ello a contribuido las pauperizadas condiciones de los habitantes de la región, pero sobre todo a la inestabilidad política en las naciones ribereñas de la zona: Somalia está considerado como un Estado fallido y Yemen también, o muy cerca de serlo.

también fue depuesto del poder por un golpe. Desde su caída, se ha señalado, Somalia carece de un gobierno efectivo, a grado tal que se

---

[1] Truyol y Serra, Antonio, *Historia del Derecho Internacional Público*, editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 78.

[2] Montemayor y Córdova de Cuenca, J. Francisco de, "Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados", Juan Ruiz Impresor, México, 1658 en Cruz Barney, Oscar, *El combate a la piratería en Indias* 1555-1700, Universidad Iberoamericana Oxford University Press, 1999, p. 33.

[3] *Ibídem,* p. 35.

le considera un Estado fallido, entendidos éstos como los que "carecen de capacidad o voluntad para proteger a sus ciudadanos de la violencia y que quizás incluso la destrucción y se considera mas allá del alcance del derecho nacional o internacional y por lo tanto libres para perpetrar agresiones y violencia. Además, si tienen forma democrática, padecen un grave 'déficit democrático' que priva a sus instituciones de autentica sustancia"[4].

A partir de entonces se generó tal inestabilidad política que, además de presentarse una crisis humanitaria que propició la intervención de una fuerza multinacional que al principio organizó Naciones Unidas y hoy es liderada de forma significativa por la Unión Africana. En este contexto, una de las regiones somalíes, Somalilandia, declaró unilateralmente su independencia sin lograr reconocimiento internacional alguno. La región de Puntlandia, por su parte, demandó más autonomía dentro del estado federal.

Como parte de los esfuerzos de Naciones Unidas para solucionar el problema, se instituyó el Gobierno Federal de Transición (GFT), que a pesar de haberse constituido en 2004, sólo pudo establecerse en la capital Mogadiscio hasta tres años después, periodo en el cual estuvo asentado en Kenia.

El GFT es el único reconocido por la comunidad internacional. Sin embargo, no tiene el control efectivo de lo que fuera la República de Somalia, de hecho, la Unión de Cortes Islámicas se erigió en su principal opositor, declarándole la guerra y tomando las regiones del sur del país. A pesar del soporte de la ONU y de gran parte de la comunidad internacional, no existen instituciones políticas que den gobernabilidad a este país africano.

La conversión de Somalia en Estado fallido ha traído como consecuencia la desunión en lo administrativo y político; ha hecho descender ostensiblemente la calidad de vida y seguridad de los habitantes y; adicionalmente, se provocó la profundización de problemas como el tráfico de personas, el narcotráfico y la piratería.

Con ello, se originó el desplazamiento de la población e incluso la invasión del ejército etiope.

Tampoco es de soslayarse en la zona de este fenómeno, la cercanía de Yemen, otro Estado cuyas instituciones son débiles y que

[4] Chomsky, Noam, Estados Fallidos, *El abuso de poder y el ataque a la democracia*, Ediciones B, México, pp. 6-7.

incluso ha sido calificado como el refugio de terroristas de Al-Qaeda.

De 2006 a la fecha han crecido de forma significativa los actos piratas en la zona, convirtiéndose en el modus vivendi de numerosos grupos y la esperanza de los jóvenes para modificar su estatuto de vida actual, pues la consideran "un referente y modelo social".[5] Lo anterior ha llevado a la organización multilateral de operaciones para la persecución del delito y evidenciado la carencia de una reglamentación global para su sanción.

Es evidente que la debilidad o inexistencia de las instituciones de Somalia se traduce en la incapacidad para hacer una efectiva persecución de la piratería, pero también en la imposibilidad de asegurar un juicio y sanción a los responsables de la comisión de dicho delito.

3.- El marco jurídico de la piratería

La piratería es un tema de que se han ocupado los grandes teóricos del Derecho Internacional. Su regulación obedeció a normas consuetudinarias y podría decirse que su codificación va aparejada a la del Derecho del Mar, misma que comenzó con los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas creada en 1948. Dicho órgano colegiado identificó al derecho del mar como uno de los temas "maduros" para su codificación.

Así, en la Segunda Conferencia sobre Derecho del Mar (1958) se generaron los primeros cuatro tratados reguladores del derecho de los océanos y en uno de ellos, en la Convención sobre el Alta Mar se trató el tema y se definió el concepto de piratería.

La Tercera Conferencia concluyó con la elaboración de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) o Convención de Montego Bay, que fue suscrita en dicha ciudad jamaiquina en diciembre de 1982, entrando en vigor hasta 1994. En ella se regula la piratería de los artículos 100 al 107.

[5] Ramos Vera, Mario, "La piratería y el fracaso del Estado en Somalia" en *Cuadernos de Pensamiento Político, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales*, N° 23, julio/septiembre 2009, Madrid, p. 186.

3. 1 Definición de la piratería

De conformidad con la CNUDM, la piratería se define de la forma siguiente (artículo 101):

Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:

i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;

ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;

b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;

c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente [6] Esta definición tiene sus orígenes y está redactada de forma muy similar al artículo 15 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar del 29 de abril de 1958. De esta forma, el Derecho Internacional estableció en norma codificada la definición de la piratería y la prohibición de la misma.

De acuerdo con esta definición, la piratería sólo puede tener lugar en alta mar o aguas no sometidas a la jurisdicción de Estado alguno.

El 7 de octubre de 1985, cuatro miembros del Frente para la Liberación de Palestina secuestraron el crucero italiano *Achille Lauro,* poco después de haber zarpado de Alejandría, Egipto, transportando más de 400 pasajeros. La demanda de los secuestradores era la. liberación de 50 prisioneros palestinos que se encontraban en Israel. En el proceso de las negociaciones, los terroristas mataron a un turista

[6] "Convención de Naciones Unidas para el Derecho del Mar" en Travieso, Juan Antonio, *Código de Derecho Internacional*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 608.

estadounidense con discapacidad, arrojando su cuerpo por la borda con todo y su silla de ruedas.

Este dramático acontecimiento culminaría con la liberación de los rehenes y la consecuente detención de los secuestradores, propiciando la celebración de la "Conferencia internacional sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima", que se celebró en Roma hacia marzo de 1988.

De dicha conferencia surgió el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, conocido con el acrónimo SUA (se deriva del nombre del tratado en inglés: *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation)*. Este instrumento señala en su artículo 3° que comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación. El artículo señalado contiene otras conductas delictivas, pero el referido es el directamente relacionado con la piratería[7].

En octubre de 2001, el Primer Ministro japonés, Junichiro Koizumi, emitió una iniciativa de carácter regional para el combate de la piratería. A este esfuerzo se sumaron dieciséis países asiáticos, los diez miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), a los que se sumaron Japón, Sri Lanka, la República de China, Corea del Sur, India y Bangladesh. La iniciativa se concretó en un acuerdo regional tras tres años de negociaciones, así surgió el Acuerdo Regional de Cooperación para combatir la piratería y el robo armado contra embarcaciones en Asia (ReCAAP, por sus siglas en inglés).

El ReCAAP define la piratería en los mismos términos que la Convención de Montego Bay, pero agrega lo que debe entenderse por "robo armado contra embarcaciones", definiéndolo como todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal y dirigido contra una embarcación, o contra personas o propiedades a bordo de dicha embarcación que se encuentre en la jurisdicción de una de las partes contratantes

[7] Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (SUA), en versión electrónica disponible en la página electrónica de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en.http://www.sct.gob.mx/fileadmin/normatividad/puertos_y_marina_mercante/24Convenio_y_su_protocolo_para_la_Represion_de_Actos_ilicitos.pdf Fecha de consulta 16 de febrero de 2010.

Adicionalmente, se señala que es todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque el carácter robo armado contra buques y; todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos anteriormente.

Por lo tanto, la conducta pirática también es considerada cuando se realiza en mares sujetos a la jurisdicción de un Estado bajo la figura de "robo a mano armada contra buques o embarcaciones" y esto será retomado de forma frecuente en nuevos instrumentos jurídicos o resoluciones relativos a este tipo de conductas.

También se establece un marco para la cooperación entre los países miembros sobre todo a través del uso compartido de la información sobre la piratería y el robo a mano armada. Los países miembros del ReCAAP acordaron además establecer un Centro de Intercambio de Información (ISC). El ISC tiene el estatuto de una organización internacional, con personal propio y representantes de las partes, fijando su sede en Singapur, que es el país mayor contribuyente al financiamiento del Centro. De esta forma, la lucha contra la piratería y robo armado contra buques toma forma de un órgano permanente.

El objetivo central de este instrumento legal es la región del sudeste asiático, pero particularmente el estrecho de Malaca, una de las zonas de mayor incidencia de ataques piratas, donde ostensiblemente han disminuido este tipo de actos debido, en gran parte, a la cooperación regional que también comprende la iniciativa "*Eye in the sky"* (Ojo en el cielo) puesta en marcha por Singapur, Malasia, Indonesia y Tailandia, consistente en patrullajes conjuntos para la vigilancia del estrecho[8].

Cuando, por las razones ya expuestas, el problema de la piratería se recrudeció en la zona del cuerno de Africa, el tema se comenzó a tratar de forma multilateral, pero con mayor ineterés y urgencia por parte de los países cuyos navíos de bandera estaban siendo atacados y secuestrados por los piratas de la región. Debe destacarse que se trata de una zona rica en fauna marina y, por lo tanto, de faenado de

[8] Adicionalmente habría que señalar la presencia de la Oficina Marítima Internacional (IMB) es una división especializada de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). La IMB fue establecida en 1981 para actuar como centro de coordinación en la lucha contra todo tipo de delincuencia marítima. Su sede principal está en Londres, pero desde 1992 existe una Oficina en Kuala Lumpur, Malasia, donde opera el Centro de Información sobre la Piratería. Esta instancia, a diferencia del ISC es no gubernamental.

buques, sobre todo españoles y franceses, además de ser una ruta esencial de las exportaciones petroleras de los países árabes.

Con la agraviamiento del fenómeno en la región, se han generado una serie de documentos, resoluciones y compromisos para combatir cooperativamente el delito, pues ello está también determinado en el artículo 100 de la CNUDM, es decir, el compromiso de que todos los Estados cooperen en la medida de lo posible para la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.

Así, destacan, entre otros, las siguientes resoluciones e instrumentos jurídicos:

3.2 Asamblea General de Naciones Unidas

Durante el 63° Periodo de Sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, se adoptó una importante resolución que lleva por título "Los Océanos y el Derechos del Mar" que de forma integral hace una revisión a asuntos relativos a los océanos como su uso sostenible; la protección de la biología marina; la gestión de los recursos marinos; los efectos adversos del cambio climático en el medio marino, etc. y; no podían faltar, las referencias a la piratería, instando a los Estados a que denuncien sin demora todos los actos piráticos de que tengan conocimiento, llamando la atención que la exhortación se hace para que la denuncia se haga "al Estado ribereño ".[9]

La Resolución también "hace un llamamiento a los Estados para que adopten medidas adecuadas con arreglo a su legislación nacional a fin de facilitar la aprehensión y el enjuiciamiento de quienes presuntamente hayan cometido actos de piratería" [10].

3.3 Consejo de Seguridad

Si bien, el Consejo de Seguridad se ha ocupado del tema de Somalia desde 1991, las más recientes medidas tomadas por con relación al problema de la piratería en la zona se encuentran contenidas en las Resoluciones 1816 (2008), 1838 (2008), 1846 (2008) y 1897 (2009).

---

[9] Resolución A/RES/63/111 "Los Océanos y el Derecho del Mar" de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas consultada el 5 de marzo de 2009 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/477/48/PDF/N0847748.pdf?OpenElement

[10] *Idem*.

3.3.1 Resolución 1816 (2008)

Aprobada el 2 de junio de 2008, además de deplorar la situación prevaleciente en las costas de Somalia por el problema de la piratería, autoriza que, durante un período de seis meses a partir de la fecha de la resolución, los Estados que cooperen con el GFT de Somalia en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a la costa de Somalia, previo aviso del GFT al Secretario General, podrán:

a) Entrar en las aguas territoriales de Somalia con el fin de reprimir actos de piratería y robo a mano armada en el mar, en forma compatible con las acciones de esa índole permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional; y

b) Usar, en las aguas territoriales de Somalia, en forma compatible con las acciones permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional, todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería y robo a mano armada .

3.3.2 Resolución 1838 (2008)

Fue aprobada el 7 de octubre de 2008 y en los considerandos de la misma, el Consejo de Seguridad expresa su preocupación por "la reciente proliferación de los actos de piratería y robo a mano armada cometidos contra buques frente a la costa de Somalia y por la grave amenaza que supone para el suministro rápido, seguro y efectivo de ayuda humanitaria a Somalia, para la navegación internacional y para la seguridad de las rutas marítimas comerciales, así como para las actividades pesqueras realizadas de conformidad con el derecho internacional", determinando además que "los incidentes de piratería y robo a mano armada cometidos contra buques en las aguas territoriales de Somalia y en alta mar frente a la costa de Somalia agravan la situación de Somalia, que sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región"[12] , vuelve a instar a los Estados para que cooperen en el combate a la piratería.

---

12 Resolución 1816 (2008) del Consejo de Seguridad consultada el 12 de marzo de 2010 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/361/80/PDF/N0836180.pdf?OpenElement

11 Resolución 1838 (2008) del Consejo de Seguridad consultada el 27 de enero de 2010 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/538/87/PDF/N0853887.pdf?OpenElement

3.3.3. Resolución 1846

Esta resolución del 2 de diciembre de 2008, al señalar que el recurrente pago de rescates por secuestros de piratas ha redundado en un aumento de dicha ilícita actividad, amplía por un año la autorización a que se refiere la Resolución 1816 *(v. supra*) para ingresar a aguas territoriales de Somalia; además acoge la resolución de la Unión Europea relativa al establecimiento de la Operación Atalanta. Destaca particularmente el párrafo 14 que refiere "todos los Estados, y en particular a los Estados del pabellón, del puerto y ribereños, a los Estados de nacionalidad de las víctimas y de los autores de actos de piratería y robo a mano armada, y a otros Estados que tengan la jurisdicción pertinente en virtud del derecho internacional y la legislación nacional, a que cooperen en la determinación de la jurisdicción y en la investigación y el enjuiciamiento de las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada frente a las costas de Somalia, en forma compatible con el derecho internacional aplicable, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y a que brinden asistencia mediante, entre otras cosas, la prestación de asistencia logística y para la entrega de las personas que estén bajo su jurisdicción y control, como las víctimas y los testigos y las personas detenidas como resultado de las operaciones ejecutadas con arreglo a la presente resolución" [13].

La misma Resolución recuerda que el SUA dispone que las partes podrán tipificar delitos penales, establecer su jurisdicción y aceptar la entrega de personas responsables o sospechosas de haberse apoderado o haber ejercido control de un buque por la fuerza o mediante amenaza del uso de la fuerza o cualquier otra forma de intimidación.

3.3.4 Resolución 1897 (2009)

Finalmente, en lo que respecta a las determinaciones tomadas por el Consejo de Seguridad, se debe mencionar esta resolución aprobada el 30 de noviembre de 2009, la cual expresa la preocupación del órgano de Naciones Unidas por el hecho de que "la capacidad y la legislación nacional para facilitar la custodia y el enjuiciamiento de los

[13] Resolución 1846 (2008) del Consejo de Seguridad consultada el 12 de marzo de 2010 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/630/32/PDF/N0863032.pdf?OpenElement

presuntos piratas tras su captura siguen siendo escasas, lo que ha impedido emprender acciones internacionales más firmes contra los piratas que operan frente a las costas de Somalia y, en algunos casos, ha hecho que esos piratas sean puestos en libertad sin comparecer ante la justicia, independientemente de que hubiera o no suficientes pruebas para enjuiciarlos"[14]. Reitera las disposiciones del SUA para que los Estados tipifiquen el delito de piratería en sus legislaciones internas y la autorización para que los Estados cooperantes en el combate de la piratería puedan ingresar a aguas territoriales somalíes, recordando en todo momento que el combate de este delito corresponde en primera instancia al GFT. También encomia las labores de Kenia en el enjuiciamiento de los presuntos piratas, exhortando a la misma Somalia, así como a Yemen y las Islas Seychelles a que hagan lo mismo.

3. 4 Organización Marítima Internacional

La Organización Marítima Internacional es un organismo especializado de las Naciones Unidas que tiene el cometido de emitir medidas para mejorar la seguridad y la protección del transporte marítimo internacional, así como prevenir la contaminación marina procedente de buques. Le corresponde también lo relativo a asuntos legales, incluyendo la responsabilidad y la facilitación del tráfico marítimo internacional. Fue establecida por tratado adoptado en Ginebra el 17 de marzo de 1948. Actualmente cuenta con 169 Estados miembros. Su máxima autoridad es la Asamblea, que se compone de todos los Estados miembros y que se reúne normalmente una vez cada dos años en su sede radicada en Londres.

Con anterioridad al aumento de actos piráticos en las costas de Somalia, la Organización Marítima Internacional, a través de su Asamblea General, había aprobado las siguientes resoluciones relacionadas con el combate a la piratería: la Resolución A.545 (13) sobre Medidas para prevenir y reprimir la piratería y el robo a mano armada contra buques (1983); la Resolución A. 683 (17) sobre Prevención y represión de los actos de piratería y el robo a mano armada contra los barcos (1991); la resolución A.738 (18) relativa a Medidas para prevenir y reprimir la piratería y el robo a mano armada contra los barcos (1993); Resolución A. 922(22) Código de práctica

[14] Resolución 1897 (2009) del Consejo de Seguridad consultada el 27 de enero de 2010 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/624/68/PDF/N0962468.pdf?OpenElement

para la investigación de los delitos de piratería y el robo a mano armada contra los barcos (2001).

El 29 de noviembre de 2007 se adoptó la Resolución A.1002 (25) sobre la piratería y el robo a mano armada contra los buques en aguas frente a la costa de Somalia, misma que se derogó con la aprobación en diciembre pasado de las resoluciones A.1025 y A. 1026.

3.4.1 Resolución A.1025 de la OMI

La Resolución A.1025 (26) adoptada en 2 de diciembre de 2009 contiene el "Código de Práctica para la Investigación de los Crímenes de Piratería y Robo a Mano Armada contra Buques",[15] en la cual se vuelve a señalar, a través de los considerandos que "el combate a la piratería y el robo a mano armada en contra de buques es con frecuencia impedida debido a la ausencia de legislación efectiva en algunos países", agregando además que cuando llegan a realizarse arrestos en muchos países prevalece "la ausencia de un marco legislativo y de los lineamientos para la investigación que aseguren el enjuiciamiento y castigo de los involucrados en actos de piratería o de robo a mano armada contra buques" .

La resolución comprende además un anexo que es propiamente el Código de Práctica cuyo propósito, según enuncia el mismo documento, es proveer a los Estados miembros de un aide-mémoire para facilitar la investigación de los crímenes señalados.

El instrumento define lo que es piratería retomando la CNUDM, pero reitera la definición de lo que se debe entender como "robo a mano armada en contra de buques", estableciéndolo a través de dos actos particulares:

a) Cualquier acto ilegal de violencia, detención, depredación o amenaza, así como un acto de piratería cometido con fines privados y dirigido contra un buque o contra personas o propiedades a bordo de dicho buque, dentro de las aguas interiores de un Estado, mares archipielágicos o el mar territorial.

b) Cualquier acto de incitación o que intencionalmente contribuya al acto descrito en el inciso a.[16]

---

[15] Resolución A. 1025 (26) de la Asamblea de la Organización Marítima Internacional, consultada el 5 de marzo de 2009 en http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D27434/1025.pdf

[16] Resolución A. 1025. Idem.

Es decir, se vuelve a clarificar que los actos piráticos tradicionalmente definidos como cometidos en alta mar o en aguas donde ningún Estado ejerce jurisdicción, se han ampliado a los actos cometidos en aguas que sí están sometidas a jurisdicción estatal.

El Código de Práctica se ocupa además de cuestiones como la capacitación de los investigadores; la estrategia para investigar este tipo de delitos; la investigación propiamente dicha y; los reportes que se tengan que elaborar al respecto. Todo lo anterior dentro de un esquema de cooperación entre los Estados, particularmente los afectados por este tipo de conductas criminales, ya sea por que los actos se ejecutan en sus aguas; por nacionales suyos; en contra de nacionales suyos o porque los buques enarbolan su pabellón.

3.4.2 Resolución A.1026

La anterior resolución de la Organización Marítima Internacional dio lugar a la discusión y aprobación de una que se encarga principalmente de la cuestión somalí, es la Resolución A.1026 (26) aprobada el mismo día 2 de diciembre de 2009 y denominada "Piratería y Robo a Mano Armada en contra de Buques en aguas de la costa de Somalia"[17].

De la resolución relativa a Somalia se debe mencionar que el documento reconoce que la presencia de piratas en la región genera repercusiones negativas en lo que respecta a la entrega de la ayuda alimentaria y de asistencia humanitaria a Somalia, por lo que se advierte que en dicha región se requiere una respuesta "excepcional" con el fin de salvaguardar a los intereses de la comunidad marítima que hace uso de las aguas de la costa de Somalia.

Dentro de las acciones a considerar señaladas en la Resolución A.1026 se establece que los Estados deben "tomar todas las necesarias medidas legislativas, judiciales y de cumplimiento de la ley a fin de ser capaz de, sujeto a la legislación nacional, recibir, procesar o extraditar a cualquier pirata o presuntos piratas y ladrones armados capturados por buques de guerra o aeronaves militares u otros buques o aviones claramente señalados e identificables como en servicio de Gobierno".

Asimismo, los Estados deben "emprender, cuando sea necesario, los pasos para promover la cooperación, coordinación y evitando duplicación esfuerzos, entre los Estados y las

[17] Resolución A. 1026 (26) de la Asamblea de la Organización Marítima Internacional, consultada el 5 de marzo de 2009 en http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D27087/1026.pdf

ofreciendo o buscando prestar asistencia a los Estados en la región, a fin de que, individualmente y colectivamente, participen activamente en la represión de la piratería y el robo a mano armada contra los buques".

Se puede inferir que la política internacional en materia del combate a la piratería y el robo a mano armada cometido en contra de buques sigue contemplando la cooperación internacional a partir de la legislación particular de los Estados, particularmente lo que se refiere al enjuiciamiento y castigo a los culpables.

3.5 El Código de Conducta de Djibouti

El 29 de enero de 2009 se aprobó la Resolución 1 relativa a la adopción del "Código de conducta sobre la represión de la piratería y el robo a mano armada contra los buques en el Océano Índico y el Golfo de Adén"[18].

El documento emanó de la reunión de Djibouti cuyo propósito fue examinar y aprobar el proyecto de texto de un instrumento relativo a la represión de la piratería y el robo a mano armada contra los buques en el Océano Indico y el Golfo de Adén. Este texto fue preparado en una reunión subregional promovida por la Organización Marítima Internacional en Dar es Salaam, República Unida de Tanzania, en abril de 2008.

Sobre ese antecedente se organizó una nueva conferencia multilateral en Djibouti que financiada en gran parte por los gobiernos de Japón, Corea y Noruega y en la cual participaron diecisiete países de la región, incluida Francia (por la región de ultramar de Reunión y Mayotte, que alcanzará dicho estatus en 2011) y; una docena de países, así como diversos organismos internacionales que también participaron como observadores.

Uno de los objetivos del Código es crear las condiciones que permitan elaborar y adoptar medidas eficaces y prácticas para la represión de la piratería y el robo a mano armada contra buques, haciendo la distinción de que piratería son aquellos actos que se ejecutan en aguas ajenas a las jurisdicción de cualquier Estado en los términos de la CNUDM. Se establecen disposiciones para un mejor

[18] Texto del Código de Conducta de Djibouti, versión electrónica consultada en la página de la Oficina del Exterior y la Mancomunidad del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el 27 de enero de 2010 en http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/pdf9/piracy-djibouti-meeting. Con la adhesión de Arabia Saudita el 10 de marzo de 2010, son ya trece países los que han ratificado el instrumento.

combate del delito y de la cooperación de los Estados parte para su combate eficaz. En una de sus disposiciones (artículo 11) se indica la necesidad de que la legislación nacional de cada uno de los países parte sea revisada para permitir la persecución penal, el enjuiciamiento y el castigo de los que intervienen en la piratería o robo a mano armada contra los barcos y para facilitar la extradición o entrega cuando su enjuiciamiento cuando sea posible. Se estableció además que la legislación doméstica debe garantizar que se tipifique como delito la piratería y el robo a mano armada contra buques y se instituyan directrices adecuadas para el ejercicio de la jurisdicción, la investigación y el enjuiciamiento de presuntos delincuentes.

El Código, según su texto lo señala, no crea compromisos vinculantes, pero se establece el compromiso de revisarlo en dos años para considerar si es necesario plasmarlos en un tratado que contenga obligaciones para los Estados parte.

3.6 La Operación Atalanta

También se han realizado esfuerzos regionales desplegados por Organismos de la región misma o de regiones que se han visto afectadas porque los buques que han sufrido ataques enarbolan bandera de países que son miembros de los mismos, como es el caso particular de la Unión Europea.

La Unión Europea aprobó el 8 de diciembre de 2008 la Decisión 2008/918/PESC del Consejo denominada "Sobre el inicio de la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, a la prevención y a la represión de los actos de piratería y el robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta)" [19].

La Operación Atalanta tiene su cuartel principal en Northwood, Inglaterra, y cuenta con un Centro de Apoyo en Djibouti. Su objetivo es la protección del Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas que entrega ayuda alimentaria humanitaria a Somalia; la protección de los buques mercantes que transitan por el Golfo de Adén o en proximidad a Somalia y; la disuasión y la represión de los actos de piratería y robo a mano armada frente a las costas de Somalia.

La EUNAVFOR (*European Union Naval Force)*, como también

[19] Decisión 2008/918/PESC del Consejo denominada "Sobre el inicio de la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, a la prevención y a la represión de los actos de piratería y el robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta)", consultado el 28 de enero de 2010 en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0019:0020:ES:PDF

se refiere a la Operación Atalanta, está compuesta por efectivos de Grecia, Francia, Bélgica, Suecia, Países Bajos, Noruega, Alemania,Italia, España y Reino Unido que operan en fragatas y patrullas marítimas para llevar a cabo su cometido.

Adicionalmente han creado el Centro de Seguridad Marítima que lleva un registro de los buques que navegan por los mares de su cuidado; acopia la información de incidentes; emite alertas; uniforma medidas de protección.

El 8 de diciembre de 2009, el Consejo de la UE decidió prorrogar el mandato de la Operación por un año hasta el 12 de diciembre de 2010.

La Unión Europea ha suscrito un Memorándum de Entendimiento (MOU por sus siglas en inglés) relativos al tema de la piratería con Kenia y Croacia (v. infra) para el enjuiciamiento de presuntos piratas y con las Islas Seychelles para que éstas sean el centro de operaciones de la EUNAVFOR.

IV.- La legislaciones internas relativas a la piratería

De acuerdo con Hans Kelsen "el derecho internacional autoriza a todos los Estados –por medio de sus buques públicos o privados- a capturar a los piratas en el mar libre y a castigarlos, sin tener en cuenta su nacionalidad, por medio de sus propios tribunales. La pena podrá ser determinada por el derecho nacional"[20].

Dicha norma quedó codificada en la CNUDM, pues en el artículo 105 se estableció que "todo Estado puede apresar, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque pirata o un buque capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo"[21].

Esa misma disposición convencional establece que los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe. En tal virtud, las legislaciones nacionales son las que tipifican y establecen sanciones para el delito de la piratería. Lo anterior quedó reforzado en el artículo

[20] Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 108.

[21] Travieso, Juan Antonio, *op. cit*., p. 609.

5° del SUA que enuncia que cada Estado se obliga a establecer para los delitos enunciados en el artículo 3 (que incluye las actividades piráticas) penas adecuadas en las que se tenga en cuenta la naturaleza grave de dichos delitos.

De conformidad con el Convenio SUA, cada Estado parte debe tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3 cuando el delito sea cometido contra un buque o a bordo de un buque que en el momento en que se cometa el delito enarbole el pabellón de ese Estado; en el territorio de ese Estado, incluido su mar territorial; o por un nacional de dicho Estado.

Un Estado parte puede también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de los delitos establecidos en el Convenio SUA cuando sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; por un nacional de ese Estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito; o bien que sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa [22].

Aquí es donde se percibe falta de uniformidad en el tema, por ejemplo, España contemplaba el delito de piratería, pero al reformar el Código Penal en 1985 la figura fue derogada. Este delito tuvo que ser adicionado en noviembre de 2009 ante la creciente presión de la opinión publica generada a raíz del secuestro del buque pesquero "Alakrana", por lo que hoy, se contemplan penas de prisión que irán de 1 a 3 años si no se utiliza la violencia y de 10 a 15 años para los que sí lo hagan cuando se apoderen, dañen o destruyan una aeronave, buque o similares o cuando atenten contra personas, cargamento o bienes que se hallen a bordo de las mismas. También habrá cárcel para quien se resista o desobedezca a un buque de guerra o una aeronave militar.

4.1 La piratería en la legislación penal mexicana

En el caso de nuestro país, el Código Penal Federal sí tipifica tal conducta: el título segundo del Libro segundo se refiere a los delitos contra el Derecho Internacional y en él existe un capítulo referente a la piratería, considerando responsables de la misma a:

I. Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada

[22] Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (SUA).

alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo;

I. Los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata, y

III. Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el corso sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Estas disposiciones deberán igualmente aplicarse en lo conducente a las aeronaves [23].

Esa misma legislación establece que a los que pertenezcan a una tripulación pirata se les impondrá una sanción que será "de quince a treinta años de prisión y decomiso de la nave" [24]. Debe resaltarse además que la norma mexicana no distingue si estos actos ilícitos de cometen en aguas de jurisdicción nacional o en alta mar.

4.2 Otros casos de la tipificación de la piratería

Otros ejemplos relativos a la tipificación de la piratería en la legislación doméstica podría ser el caso holandés donde el artículo 381 de su Código Penal señala una pena máxima de hasta doce años de prisión para el capitán de un navío pirata y de hasta nueve años para el resto de la tripulación.

De hecho, la legislación holandesa tuvo que ser aplicada por primera vez para procesar a los responsables de la toma del barco Samanyulo con bandera de las Antillas Holandesas que fue capturado por piratas somalíes en hechos que se suscitaron en enero de 2009 en la zona del Golfo de Adén. La persecución corrió a cargo de un buque danés, por lo que los Países Bajos tramitaron la extradición respectiva para comenzar el proceso penal [25].

Alemania ha designado a la Oficina del Fiscal Público de Hamburgo para juzgar en primera instancia los actos criminales que hayan sido cometidos en Alta Mar; haciendo posteriormente un

---

[23] Quijada, Rodrigo, *Código Penal Federal. Comentado y anotado*, Angel Editor, México, 2007, p. 281.

[24] Idem

[25] Gottlieb, Sebastiaan, "Pirates traed Ander never used law" en Nrc Handelsblad, version electrónica en http://www.nrc.nl/international/article2122573.ece/Pirates_tried_under_never_used_Dutch_law fecha de consulta 2 de febrero de 2010.

análisis para determinar si se transfiere el caso a otra autoridad judicial. Cuando un buque de bandera alemana haya sido atacado, tendrá competencia el Fiscal del puerto de registro; después, el de Hamburgo y; el tercer criterio sería el domicilio legal de la compañía naviera.

El fiscal puede actuar cuando nacionales alemanes hayan sido muertos o heridos por piratas; si éstos extorsionan a una empresa naviera alemana; si un barco de pabellón alemán ha sido atacado por piratas o; este tipo de delincuentes han sido detenidos por la Marina alemana [26].

Por otra parte, el Vicefiscal General Ruso, Alexander Zvyagintsev, ha señalado que si bien el Código Penal Ruso contempla el delito de piratería, reconoce que su aplicación práctica es difícil, particularmente si las flotillas rusas han capturado extranjeros que atacaron barcos no rusos; se han apoderado de carga no considerada rusa o bien han hecho rehenes a personas que no ostentan la nacionalidad rusa [27].

Estos ejemplos dan un pequeño panorama de lo diversa que puede ser la normatividad nacional al respecto, por si fuera poco, se ha sumado la cuestión de que el fenómeno en la región de Somalia tiene con frecuencia entre sus actores a menores de edad, lo cual complica la sanción de la conducta debido a la inimputabilidad de los mismos.

V.- La jurisdicción "universal" de Kenia en materia de piratería

Con fundamento en la delegación que la norma jurídica internacional hace a los Estados para que sean los encargados de tipificar las conductas piráticas en sus respectivas legislaciones penales, así como de la facultad que poseen para incriminarlos por la comisión de tales conductas, algunos Estados están evitando procesar a los presuntos piratas a través del "endoso" de dicha prerrogativa a un tercer Estado, que en este caso ha sido Kenia.

Adicionalmente, como parte del sustento jurídico de lo anterior, el Convenio SUA tiene una disposición por la cual el capitán de un

[26] Prosecution of acts of piracy off Somalia by German prosecution authorities" documento consultado el 4 de febrero de 2010 en la página electrónica de la Internacional Foundation for the Law of the Sea en http://www.iflos.org/media/34039/brandt%20statement%20piracy%20maritime%20talks%202009.pdf

[27] Helmer John, "La política rusa anti-piratería dice no al circo keniano", en Dances with bears, 1° de junio de 2009, en versión electrónica consultada el 4 de febrero de 2010 en http://johnhelmer.net/?p=1170

buque de un Estado Parte podrá entregar a las autoridades de cualquier otro Estado Parte a cualquier persona respecto de la que tenga razones fundadas para creer que ha cometido alguno de los delitos enunciados en el mismo texto del tratado[28]. La posición geográfica de Kenia le hace un actor de primera línea en esta problemática.

El 11 de diciembre de 2008, el Reino Unido y la República de Kenia suscribieron un Memorándum de Entendimiento (MOU) mediante el cual el país africano consiente en recibir inculpados de piratería que hayan sido capturados en Alta Mar por navíos británicos.

Posteriormente, 16 de enero de 2009, los Estados Unidos de América firmaron también un MOU con Kenia y la Unión Europea hizo lo propio el 6 de marzo de ese mismo año.

La suscripción de estos compromisos internacionales por parte de Kenia, estuvieron precedidos de una adecuación al marco jurídico interno que les permitiera juzgar con mayor certeza a los inculpados de piratería.

La Constitución keniata establece en su artículo 60, parágrafo 1 que "Habrá un Tribunal Superior, que será un tribunal superior de registro, y que tendrá jurisdicción originaria ilimitada en materia civil y penal, así como jurisdicción y otras facultades que le confiera esta Constitución o cualquier otra ley"[29], es decir, el fundamento legal para juzgar a los piratas ante las cortes del país, lo da la misma Constitución, pero adicionalmente podría sustentarse en otras disposiciones legales expedidas por el legislador o como se ha señalado, "en cualquier otra ley" que ciertamente incluye la ley de las naciones, es decir, el Derecho Internacional[30].

Ahora bien, en lo que se refiere a la legislación secundaria, el Código Penal de Kenia, en el contenido de un capítulo denominado "Ofensas que afectan las relaciones con Estados extranjeros y la tranquilidad externa", se criminalizaba la piratería en las aguas sometidas a la jurisdicción del país como en Alta Mar, designándola como piratería *jure gentium*[31].

---

[28] *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* (SUA), artículo 8.

[29] *Constitución de Kenia* en http://www.kenyalaw.org/kenyalaw/klr_app/frames.php consultada el 18 de febrero de 2010.

[30] Gathii James Thuo, Jurisdiction to Prosecute Non-National Pirates Captured by Third States Under Kenyan and International Law (March 16, 2009). En SSRN: http://ssrn.com/abstract=1360981. Consultada el 4 de febrero de 2010.

[31] *Código Penal de Kenia* en http://www.kenyalaw.org/kenyalaw/klr_app/frames.php, consultado el 11 de marzo de 2010. Esta disposición fue derogada con motivo de la promulgación de la nueva Ley de Marina Mercante.

Particularmente, y como consecuencia de los Memoranda de Entendimiento suscritos por Kenia, el Parlamento de dicho país africano aprobó el 12 de febrero de 2009, una nueva Ley de Marina Mercante (*Merchant Shipping Law*)[32] que abrogó una ley del mismo nombre que databa de 1967 y que incorporó elementos y conceptos contenidos tanto en la CNUDM como en el SUA.

La nueva ley define los robos a mano armada cometidos en contra de buques como aquellos que se ejecutan "dentro del mar territorial o aguas bajo la jurisdicción de Kenia", en tanto que para la definición de piratería se retoman los conceptos contenidos en la CNUDM.

Este nuevo cuerpo legal sigue el modelo de incriminación que ha establecido el SUA, particularmente en su artículo 9, en el sentido que "nada en la presente Convención afectará en modo alguno las normas de Derecho Internacional relativas a la competencia de los Estados para investigar o ejercer su jurisdicción a bordo de los buques que no enarbolen su pabellón"[33]. Una interpretación muy elástica de esta cláusula puede ser argumentada como reconocimiento de las bases para la jurisdicción estatal relativa a la captura de presuntos piratas[34].

Sin subestimar la buena fe de la República de Kenia y sus deseos de contribuir a la solución de este problema, es deber considerar: primero, que dicho país ha señalado que solo juzgará a un determinado número de piratas, además que el Canciller keniata declaró que los Memoranda que ha suscrito su país para el enjuiciamiento de piratas "no son una puerta abierta para que el suelo de Kenia se convierta en vertedero de piratas, porque eso no sería aceptable"[35].

Además, expertos han comentado que "hay legítimas preocupaciones acerca de la independencia, saturación y corrupción del sistema judicial keniano". A lo anterior se podría sumar los desafíos que encara el sistema de investigación y persecutorio derivados de "recursos y remuneraciones inadecuadas, desgaste del personal y división de funcionarios bajo el mando de dos diferentes autoridades, complicando la más básica cooperación institucional"[36]. James Thuo Gathii afirma que aun con estas limitaciones, es loable la actitud de

[32] *Ley de Marina Mercante de Kenia* en línea consultada el 4 de febrero de 2010 en http://www.kenyalaw.org/Downloads/Acts/The_Merchant_Shipping_Act_2009.pdf

[33] Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (SUA).

[34] Gathii James Thuo, op. cit.

[35] *Idem*.

[36] *Idem*.

Kenia para contribuir al combate de la piratería ante la incapacidad de Somalia para hacerlo.

En febrero de 2009 fueron capturados siete presuntos piratas por parte de la guardia norteamericana. Estos inculpados serían los primeros en ser juzgados bajo el MOU suscrito entre Estados Unidos y Kenia, por lo que quedaron bajo la jurisdicción de un juez de Mombasa y les es aplicada la nueva Ley de Marina Mercante.

Para el mes siguiente, marines alemanes capturaron a nueve somalíes acusados de piratería como parte de la ya referida Operación Atalanta. El barco asaltado pertenecía a una naviera alemana aunque enarbolaba bandera de Antigua y Barbuda, esto es, bandera de conveniencia.

El gobierno de Berlín señaló que no había suficiente interés nacional para que los inculpados fueran juzgados en Alemania, a lo cual señaló Oliver Wallasch, un abogado de Francfort que patrocina a uno de los somalíes señalados, que lo anterior estaba fundado en motivos políticos, toda vez que en septiembre se celebrarían elecciones y los alemanes verían con cierto malestar que se pagara con sus impuestos el proceso penal de un extranjero que atacó un buque de Antigua [37].

Los nueve presuntos piratas fueron retenidos en la fragata alemana durante doce días, para dar tiempo a que la Unión Europea suscribiera el MOU con Kenia que le permitiera entregarlos a este país africano y a éste juzgarlos bajo sus leyes.

El somalí defendido por Wallasch ha demandado al gobierno alemán por su responsabilidad en los presuntos tratos inhumanos que ha recibido en la prisión de Mombasa. La demanda asciende a 10 mil euros y está fundada por los daños ocasionados debido a su "ilegal" transferencia a Kenia. Otro de los detenidos en esa ocasión, por su parte ha exigido ante un Tribunal Administrativo de Berlín que el Ministerio de Relaciones Exteriores alemán le proporcione un abogado defensor, toda vez que no tiene recursos para pagarlo y la Corte en Kenia no le ha nombrado defensor de oficio [38].

Puede observarse que lo que parecía la gran solución de este problema se ha complicado y que no es tan fácil delegar la

[37] Fong, Diana, "Politics influences the jurisdiction for Somali pirate trials", 22 de abril de 2009. Versión electrónica consultada en la página de la Deutsche Welle el 4 de febrero de 2010 en http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4198300,00.html

[38] *Idem*.

responsabilidad a un país que no tiene la infraestructura judicial adecuada. Kenia es un país que hace dos años padecía una marcada inestabilidad política derivada de un supuesto fraude electoral. A tal grado, que el Fiscal de la Corte Penal Internacional ha iniciado una investigación sobre la presunta comisión de crímenes internacional sucedidos durante dicho periodo.

La solución encontrada no parece ser la definitiva. El Vicefiscal General Ruso, Alexander Zvyagintsev, ha declarado que para su país, el enjuiciamiento de los piratas en Kenia no es una opción viable y que su país se pronuncia por un tribunal de carácter internacional [39].

Para el 27 de julio de 2009 se suscribió el Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Croacia para la participación de este país en la operación militar de la Unión Europea relativa a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y de robo a mano armada en la costa de Somalia (Operación Atalanta).

El artículo 3 dispone que la República de Croacia podrá ejercer su jurisdicción sobre personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, o actos de robo a mano armada en las aguas territoriales de Somalia, así como trasladar personas arrestadas con miras a su enjuiciamiento cuando éstas hayan sido detenidas por la fuerza naval de la Unión Europea (EUNAVFOR). Lo anterior, de conformidad con un anexo al Acuerdo que se denomina "Disposiciones sobre las condiciones y modalidades para la transferencia de las personas sospechosas de haber cometido actos de piratería o actos de robo a mano armada en el mar territorial de Somalia, y sobre la propiedad capturada en posesión de EUNAVFOR, transferida de EUNAVFOR a la República de Croacia y para su tratamiento después de dicha transferencia" [40].

Croacia acepta la transferencia de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería y someterlas ante la autoridad competente con propósitos de investigación y enjuiciamiento, para lo cual se compromete a brindarles un juicio acorde a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo la prohibición de la tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes. La sentencia sería apelable en segunda instancia quedando proscrita la pena de muerte, y no se puede transferir al inculpado a un tercer Estado

[39] Helmer, John, *op. cit.*

[40] Official Journal of the European Union, L202/84, 4 de agosto de 2009, consultado el 10 de marzo de 2010 en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:202:0084:0089:EN:PDF

sin el consentimiento de la EUNAVFOR.

Un par de meses después, el 30 de octubre 2009, se realizó el intercambio de notas del Acuerdo celebrado entre la Unión Europea y la República de Seychelles que más bien se refiere a la conversión de las Islas como centro de base para la Operación Atalanta.

Puede apreciarse cómo cada vez se han involucrado un mayor número de países al conflicto generado por el incremento de la piratería, particularmente, en el océano Indico en la zona del llamado Cuerno de Africa. La situación originada por un país que presenta los supuestos para catalogarlo como Estado fallido ha dado lugar a una amenaza real para la seguridad internacional. Esta condición reclama que el fenómeno sea atendido de forma global y no sólo como una problemática regional o que concierne a un Estado en particular.

VI.- Conclusión

Una función del Derecho es aportar la normatividad que prevenga o solucione conflictos. Si la norma contempla situaciones que pudieran presentarse en un futuro será más fácil encausarlas.

Ante el significativo aumento de los actos de piratería en diversas regiones del mundo, la comunidad internacional pareciera actuar de forma aislada y dispersa. Particularmente, se debe actuar pensando en que la inviabilidad de Somalia o de lo que hoy constituye Somalia no va a ser permanente; que la piratería y actos análogos puede desaparecer de esa región y aparecer en otra; que los actos piráticos pueden ser recurrentes y copiosos, así como que habrá periodos en que dichos actos sean esporádicos.

No puede omitirse que la comunidad internacional ve en la piratería un problema de carácter internacional que debe ser enjuiciado y castigado conforme a la legislación nacional. La doctrina está dividida en cuanto a las posturas sobre qué es más eficiente para que la piratería no quede impune y se establezcan mecanismos para su adecuada persecución y castigo: la legislación nacional y los tribunales domésticos o dar el paso para que se codifique en un solo instrumento de carácter internacional todo lo relativo a la piratería, una suerte de "Convención Internacional para la represión y castigo de la Piratería".

Dicho tratado debería también establecer normas modelo para lo relativo al robo a mano armada en contra de buques, toda vez que si partimos de la base de que éste se ejecuta en aguas interiores, en mares archipielágicos y en el mar territorial, entonces sí debe ser materia del derecho interno, caso contrario, se lastimaría la soberanía legislativa y jurisdiccional de los Estados involucrados

En lo que respecta al enjuiciamiento hay diversas posibilidades: el Tribunal de Hamburgo podría abrir una Sala o Cámara de carácter penal para juzgar a los presuntos piratas. En el Informe presentado por el juez José Luis Jesús, Presidente de Tribunal Internacional del Derecho del Mar, ante el pleno de la Asamblea General de Naciones Unidas el 5 de diciembre de 2008 señaló que "como la comunidad internacional encara nuevos retos en actividades en los océanos, tales como la piratería y el robo a mano armada, procedimientos consultivos ante el Tribunal sobre cuestiones jurídicas relativas a la aplicación y interpretación de las disposiciones de la Convención pueden resultar una herramienta útil a los Estados" [41]. La propuesta del Presidente se enfoca exclusivamente a la competencia consultiva, pero podría extenderse, con las correspondientes enmiendas a la CNUDM, al Estatuto del Tribunal y a sus Reglas de Procedimiento, a la competencia contenciosa para juzgar a los presuntos piratas. Al final, el Estatuto señala en su artículo 21 que "la competencia del Tribunal se extenderá a todas las *controversias o demandas que le sean sometidas de conformidad con esta Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal"* [42].

Otra opción la puede constituir el Tribunal Penal Internacional radicado en La Haya, previa enmienda al Estatuto de Roma para tipificar este tipo de conductas criminales, quizá en los mismos términos de la CNUDM, pero especificando las sanciones a las que serían acreedores los presuntos responsables, estipulando además todo lo relativo al enjuiciamiento, sentencia y ejecución de pena, quizá en términos iguales o análogos a los ya contemplados en el Estatuto.

---

[41] Informe del Presidente del Tribunal al Pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 63° Periodo Ordinario de Sesiones, consultado el 12 de febrero de 2010 en http://www.itlos.org/start2_en.html

[42] García, García-Revillo, Miguel, *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Origen, organización y competencia*, Biblioteca Diplomática Española, Universidad de Córdoba-Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Córdoba, 2005, p. 644. Cursivas añadidas.

Si la comunidad internacional continua dubitativa e indecisa sobre cómo proceder para enjuiciar y sancionar a los piratas, se seguirá enviando un mensaje que no sólo no disuadirá a quienes comenten tales conductas, por el contrario, y como lo señalara el vicefiscal general ruso será un elemento más que se agregará "a la confianza de los piratas de que pueden continuar actuando con impunidad" [43].

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS:

CHOMSKY, NOAM, Estados Fallidos. El abuso de poder y el ataque a la democracia, Ediciones B, México, 2006.

CRUZ BARNEY, OSCAR, El combate a la piratería en Indias 1555-1700, Universidad Iberoamericana Oxford University Press, 1999.

GARCÍA, GARCÍA-REVILLO, MIGUEL, El Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Origen, organización y competencia, Biblioteca Diplomática Española, Universidad de Córdoba-Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Córdoba, 2005.

KELSEN, HANS, Principios de Derecho Internacional Público, Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1965.

QUIJADA, RODRIGO, Código Penal Federal. Comentado y anotado, Angel Editor, México, 2007.

TRAVIESO JUAN ANTONIO, Código de Derecho Internacional, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, Historia del Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

HEMEROGRÁFICAS:

VERA, MARIO, "La piratería y el fracaso del Estado en Somalia" en Cuadernos de Pensamiento Político, Madrid, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, N° 23, julio/septiembre 2009.

[43] Helmer, John, *op. cit*.

ELECTRÓNICAS:

CÓDIGO DE CONDUCTA DE DJIBOUTI, versión electrónica consultada en la página de la Oficina del Exterior y la Mancomunidad del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el 27 de enero de 2010 en http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/pdf9/piracy-djibouti-meeting

CÓDIGO PENAL DE KENIA EN: http://www.kenyalaw.org/kenyalaw/klr_app/frames.php Fecha de consulta 11 de marzo de 2010.

CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA (sua, página electrónica de la secretaría de comunicaciones y transportes en: http://www.sct.gob.mx/fileadmin/normatividad/puertos_y_marina_mercante/24Convenio_y_su_protocolo_para_la_Represion_de_Actos_ilicitos.pdf Fecha de consulta 16 de febrero de 2010.

CONSTITUCIÓN DE KENIA EN: http://www.kenyalaw.org/kenyalaw/klr_app/frames.php Fecha de consulta 18 de febrero de 2010.

DECISIÓN 2008/918/PESC DEL CONSEJO denominada "Sobre el inicio de la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, a la prevención y a la represión de los actos de piratería y el robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta)", http://eulex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0019:0020:ES:PDF Fecha de consulta el 28 de enero de 2010.

FONG, DIANA, "Politics influences the jurisdiction for Somali pirate trials", 22 de abril de 2009, página de la Deutsche Welle en http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4198300,00.html Fecha de consulta 4 de febrero de 2010

GATHII JAMES THUO, Jurisdiction to Prosecute Non-National Pirates Captured by Third States Under Kenyan and International Law (March 16, 2009). En SSRN: http://ssrn.com/abstract=1360981. Fecha de consulta 4 de febrero de 2010.

GOTTLIEB, SEBASTIAAN, "Pirates traed Ander never used law" en NrcHandelsblad, version electrónica en http://www.nrc.nl/international/article2122573.ece/Pirates_tried_under_never_used_Dutch_law-fecha de consulta 2 de febrero de 2010

HELMER JOHN, "La política rusa anti-piratería dice no al circo keniano", en Dances with bears, 1° de junio de 2009, en http://johnhelmer.net/?p=1170 Fecha de consulta 4 de febrero de 2010.

INFORME DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR AL PLENO DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS.
63° Periodo Ordinario de Sesiones, en http://www.itlos.org/start2_en.html Fecha de consulta 12 de febrero de 2010.

LEY DE MARINA MERCANTE DE KENIA versión electrónica en http://www.kenyalaw.org/Downloads/Acts/The_Merchant_Shipping_Act_2009.pdf Fecha de consulta 4 de febrero de 2010.

OFFICIAL JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION, L202/84, 4 de agosto de 2009, en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:202:0084:0089:EN:PDF Fecha de consulta 10 de marzo de 2010.

PROSECUTION OF ACTS OF PIRACY OFF SOMALIA BY GERMAN PROSECUTION AUTHORITIES, en la página electrónica de la Internacional Foundation for the Law of the Sea en http://www.iflos.org/media/34039/brandt%20statement%20piracy%20maritime%20talks%202009.pdf Fecha de consulta 4 de febrero de 2010.

RESOLUCIÓN A/RES/63/111 "Los Océanos y el Derecho del Mar" de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas consultada el 5 de marzo de 2009 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/477/48/PDF/N0847748.pdf

RESOLUCIÓN 1816 (2008) del Consejo de Seguridad consultada el 12 de marzo de 2010 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/361/80/PDF/N0836180.pd

RESOLUCIÓN 1838 (2008) del Consejo de Seguridad consultada el 27 de enero de 2010 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/538/87/PDF/N0853887.pdf

RESOLUCIÓN A. 1025 (26) de la Asamblea de la Organización Marítima Internacional, consultada el 5 de marzo de 2009 en http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D27434/1025.pdf

RESOLUCIÓN A. 1026 (26) de la Asamblea de la Organización Marítima Internacional, consultada el 5 de marzo de 2009 en http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D27087/1026.pdf

DELIMITACIÓN TEÓRICA DEL DELITO PENAL FISCAL

BRUNO LAURO COSTANTINI GARCÍA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DISTINCIONES ENTRE LOS CONCEPTOS DE DERECHO PENAL COMÚN Y EL DERECHO PENAL FISCAL. III. EL DELITO FISCAL. IV. EL DELINCUENTE Y EL OFENDIDO EN MATERIA FISCAL. V. EL OBJETO DEL DELITO. VI. LA QUERELLA FISCAL. VII. LA DENUNCIA FISCAL. VIII. DIFERENCIAS ENTRE LA DENUNCIA Y LA QUERELLA. IX. A MANERA DE COROLARIO Y CONCLUSIÓN. X. BIBLIOGRAFÍA.

I.- Introducción

El derecho penal fiscal, es un suelo desconocido para aquellos inmersos en la materia fiscal; sin embargo, la actualidad de nuestro país y la transcendencia de la obtención de recursos por la vía coercitiva, vuelve de interés el estudio del delito penal fiscal.

El levantamiento de querellas penales por parte de las autoridades fiscales, ya sea como un medio coercitivo o de presión psicología hacia los contribuyentes implementando la pena privativa de libertad como una medida de cumplimiento a las obligaciones tributarias, conlleva a la necesidad del derecho penal fiscal y el delito que se le atribuye a los contribuyentes por el incumplimiento a sus obligaciones tributarias.

Es por ello, que un análisis de las figuras delictivas en materia fiscal conjuga dos ramas de las actualidad en el derecho: el penal y el fiscal y cobran importante trascendencia en la obtención de recursos de la hacienda pública, que no obstante la vía esencial es la obligación tributaria, el índice del incumplimiento de dicha obligación guarda una importante relación con el estudio y análisis de las infracciones fiscales que son tipificadas como delito cuando su comisión y efectos alcanzan consecuencias de gravedad extrema o requieren de un tratamiento especial.

* Licenciado en derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla y Maestro en Derecho Fiscal por la Universidad Popular Autónoma de Puebla. Maestro de cátedra a nivel Licenciatura, en el Tecnológico de Monterrey, Campus Puebla y a nivel Maestría en la Universidad Popular Autónoma de Puebla.

El presente análisis parte del estudio de los elementos constitutivos del delito fiscal, la acción delictiva, los grados de ejecución, la consumación y los responsables, pretende distinguir el delito penal común del delito penal fiscal con base en sus elementos y pretende aportar una reflexión de la criminalización del delito fiscal en nuestros tiempos, usado por la autoridad hacendaria como un medio de represión y de opresión de los derechos de los contribuyentes.

I.Distinciones Entre Los Conceptos De Derecho Penal Común Y El Derecho Penal Fiscal

Se dice que el derecho penal es la rama del derecho público integrada por las leyes que tipifican la conducta ilícita de las personas, establecen las consecuencias jurídicas de ellas derivadas, y el procedimiento y órganos estatales para la aplicación de las penas que amerita dicha conducta.

Conviene aclarar que este concepto se apoya en un criterio tradicional genérico que tienen los estudiosos del derecho penal.

El criterio anterior va cediendo su lugar a otro para definir esta rama jurídica como un derecho rehabilitador o de readaptación de los sujetos de la conducta calificada de ilícita.

La ilicitud constituye, en sentido amplio, el calificativo de una conducta que en la materia fiscal se manifiesta en infracciones o en delito.

Las infracciones o los delito fiscales pueden ser tanto de ejecución como de omisión; ambos punibles.

En el derecho penal fiscal más que la rehabilitación del delincuente, interesa punir aflictiva o represivamente, intimidar a los posibles futuros infractores y producir escarmiento.

El derecho penal fiscal se encuentra contenido en diversas leyes, si bien el código fiscal de la federación es la más importante de todas ellas.

Puede definirse el derecho penal como el conjunto de normas jurídicas relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que se aplican para lograr conservar el orden social[1].

Se ha definido también, como el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica de un hecho cometido .

Para Fernando Castellanos el derecho penal es "la rama del derecho público interno relativa a los delito, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social".

El derecho penal objetivamente se ha definido por otros autores como el conjunto de leyes que determinan los delito y las penas que el poder social impone al delincuente a decir de Cuello Callón; para Pessina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito; Liszt lo define como el conjunto de reglas establecidas por el estado que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia; para Mezger el derecho penal es el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del estado, conectando al delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica; también se le ha definido como el conjunto de aquellas condiciones libres para que el derecho que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él

En todas las definiciones anteriores se puede percibir la coincidencia en tres vertientes: 1) El delito; 2) La pena; y 3) La relación jurídica entre ambas en virtud de la norma que relaciona a una como consecuencia de la otra.

Coincido con los autores Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas cuando definen al derecho penal objetivamente como "el conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de la misma a los casos de incriminación"[4]

---

[1] González Floresgomez, Fernando, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano,* Porrúa, México, 32º ed., 1993, p.173.

[2] Mezger. Edmund, *Derecho penal,* Bibliográfica, Argentina, 4º ed., 1954, Tomo II, p. 27.

[3] Castellanos, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho penal*, Porrúa, México, 14º ed., 1998, p. 126.

[4] Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho penal Mexicano*, Antigua Librería Robredo, México, 7º ed., 1965, p. 112.

En México se emplea la denominación derecho penal sin embargo en otros países se emplea la denominación derecho criminal esto va relacionado según se tome como base de la definición de la pena o el delito, sin embargo aún en México en algunos estados como son Puebla y Yucatán se ha dado el nombre de código de defensa social lo que presupone que la base de la definición es la defensa social. La cual consideramos que es el objeto intrínseco del derecho penal.

De igual manera, surge la necesidad de estudiar y comprender al derecho penal desde los aspectos objetivo (mandato) y subjetivo (facultad).

Recordemos que el derecho objetivo en general es la norma en sí y el derecho subjetivo es aquel que nos otorga la facultad de hacer o dejar de hacer algo.

El derecho penal en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados [5].

Ahora, si el derecho subjetivo es el que nos concede la facultad de hacer algo, podemos decir que el derecho penal subjetivo es la facultad que tiene el estado de imponer y ejecutar un castigo a todo aquel individuo que cometa o exteriorice una conducta considerada como delictiva.

En el derecho penal en sentido subjetivo, es el derecho del estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad [6].

Se puede concluir afirmando que el derecho penal es la rama del derecho público interno que se encarga de regular los procedimientos y penas a que se hacen acreedores los sujetos que cometen un delito tipificado y penalizado por la ley.

Es necesario estudiar la relación que guarda el derecho penal común con el derecho fiscal, siendo que el último de éstos es una de las ramas más completas y complejas del derecho, y toda vez que en muchos de los casos la solución a los problemas de interpretación que presentan sus normas exige permanentes y constantes estudios de los especialistas

[5] Cuello Callón, Eugenio, *Derecho penal*, Nacional, México, 8º ed., 1947, Tomo I, p. 8.
[6] *Ibidem*., p. 8.

fiscales, para precisar y determinar cuando son aplicables supletoriamente las normas del derecho común al derecho fiscal, es necesario recordar que el derecho fiscal se puede definir como "el conjunto de normas jurídicas y principios de derecho público que regulan la actividad del estado como fisco" [7], comprendiendo a esta rama del derecho público como un conjunto de normas y principios de derecho que regulan la actividad jurídica del fisco y su relación con los particulares, la cual ha guardado una relación con el derecho penal, en el presente análisis.

La relación que guarda el derecho fiscal con el derecho penal es la primera de estas, ha tomado los principios básicos para tipificar las conductas infractoras de las disposiciones fiscales y la aplicación de las sanciones correspondientes. Igualmente, obtiene los principios rectores de este derecho, para tipificar los delitos fiscales que no se encuentran contemplados como tales en el derecho penal común.

En conclusión, tanto el derecho penal común y el derecho penal fiscal tienen un mismo fin, el de sancionar todo acto, hecho u omisión contrario a la ley correspondiente.

Por lo que se refiere al derecho penal respecto de los delitos especiales, se señala que el Estado, en cuanto representante de la sociedad organizada, tiene que velar por la vida misma de la sociedad, y fiel a esta obligación, establecer cuáles son las limitaciones necesarias para la efectividad de la vida gregaria.

Es pues bien sabido, que una de las ramas del derecho que intenta salvaguardar la efectividad de la vida gregaria de la sociedad es el derecho penal, y más aun acotando el estudio dentro de nuestra materia, es la del derecho penal fiscal, el cual como conjunto de normas jurídicas, no solamente tipifica las violaciones de las obligaciones de los particulares, sino también las violaciones de las obligaciones de los servidores públicos en su caso, uno de los cuales es materia del presente estudio, como veremos más adelante. Así mismo, el código penal federal define en su artículo 7º al delito.

---

[7] Margain Manautou, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Tributario,* Mexicano, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 6º ed., 1981, p. 22.

La existencia de las llamadas leyes especiales punitivas tiene su apoyo en la disposición del artículo 6º del código penal federal.

Así es que siendo el código fiscal de la federación en este caso la ley especial, prevalece ante las disposiciones generales. Sin embargo, ello en ningún modo quiere decir que apriorísticamente deban otorgársele plena legalidad a las leyes especiales, sino que únicamente preferencia.

Es dentro del marco del derecho fiscal en relación con el derecho penal común, surge el derecho penal fiscal, el cual ha venido generando una nueva cultura fiscal y al igual que dentro del derecho penal común, el derecho penal fiscal tiene que seguir una lógica jurídica para determinar el quebrantamiento de la norma vigente.

La denominación o concepto de derecho penal fiscal, derecho fiscal penal, derecho punitivo fiscal, derecho penal tributario y otras más, se han venido utilizando desde la década de los cuarentas, para significar a la materia encargada de estudiar los delitos fiscales, siendo éstos el contenido de la materia denominada derecho penal fiscal.

El incumplimiento de las obligaciones fiscales, sustantivas o formales, que las normas jurídicas tributarias imponen a los contribuyentes debe traer consigo, y en efecto lo trae, como consecuencia la aplicación de una sanción.

El derecho penal fiscal está conformado por la violación de las normas jurídicas fiscales así como, de las sanciones que son consecuencia de esas transgresiones, que a su vez comprenden el derecho penal tributario.

Margarita Lomelí Cerezo define al derecho penal tributario como "las normas y leyes que vinculan una sanción o pena determinada al incumplimiento normas que garantizan los intereses fiscales de la administración, esto es, de las normas que establecen deberes para con el fisco" [8]. A su vez Pugliese define al derecho penal fiscal como "el derecho que establece normas y principios sustánciales y procésales de carácter general, aplicables para sancionar violaciones específicas de la legislación fiscal".

[8] Lomelí Cerezo, Margarita, *El Poder Sancionador*, Continental, México, 1961, p. 183.

Pretendiendo dar una definición objetiva del derecho penal fiscal, lo podemos entender como el conjunto de normas jurídicas que tipifican las hipótesis que tienen el carácter de delito y que establecen las sanciones que deben imponerse a aquellas personas que no cumplan con los mandatos de las normas jurídicas tributarias.

En relación a la anterior definición, recordemos que el código fiscal del federación comprende en su título IV, dos capítulos el de las infracciones fiscales y el de los delito fiscales.

Es así, que después de asentada una definición de derecho penal fiscal o derecho punitivo fiscal u otra de sus acepciones citadas anteriormente, es necesario ocuparnos de la autonomía del derecho penal fiscal.

Enseguida se hace referencia a algunas opiniones doctrinarias sobre la naturaleza del derecho penal tributario o fiscal, advirtiendo que no existen autores que pretendan proclamar la total autonomía del derecho penal fiscal.

A manera de discusión doctrinaria se analizan dos grupos:

El primero que agrupa a *aquellos que sostienen que el derecho penal fiscal es independiente o autónomo del derecho penal común*, de los cuales Giuseppe Maggiore, Dino Jarach y manuel Andreozzi son sus mayores exponentes.

Maggiore, considera que existe un ilícito fiscal o delito de hacienda y que el derecho penal fiscal o de hacienda es una rama del derecho administrativo, aunque reconoce expresamente que el principio *nullum crimen sine lege* vale también para los delito de hacienda.

Menciona, además, que sus penas son en general pecuniarias, a veces restrictivas de la libertad personal y que esas sanciones pecuniarias no son tan solo reacciones penales, pues se convierten en ventajas económicas del "estado, por lo cual a menudo se confunde la pena con el resarcimiento del daño"[9]: por su parte el segundo de los autores señalados considera que las sanciones tributarias y administrativas no

[9] Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, Themis, Colombia, 1954, Vol. I, p. 48.

pertenecen al derecho penal común, sino que se han separado del conjunto de normas represivas que contiene el orden jurídico, para constituir una disciplina propia con *autonomía estructural*; sin embargo, el citado autor admite la identificación ontológica del ilícito fiscal con el ilícito penal y la conveniencia de aplicar a aquel los principios de derecho penal común. Finalmente el último de los citados afirma que "las contravenciones fiscales no debe estar en el derecho penal común, sino deben formar parte del derecho penal fiscal, ya que, como el señala, las violaciones cometidas en materia fiscal son violación que se castigan con sanciones que, para evitar confusiones, no deben se designadas con el nombre de penas... Ya que puede haber violaciones mixtas, es decir, delictuales y contravencionales, producidas por unas sola acción".[10]

El segundo grupo, o sea la de *aquellos que sostienen que ambas materias tienen la misma naturaleza y no guardan distinción especial alguna* es sostenida por autores de la talla de Fernando Sáinz de Bujanda, Francisco L. Menegazzi y Rafael Bielsa; de los cuales el primero es quien piensa que el derecho penal fiscal, como parte del derecho punitivo general, habrá de absorber la teoría jurídica de la infracción, elaborada, tras muchos esfuerzos, en esta rama del derecho público. Corresponde a los penalistas extender al campo tributario, con las acomodaciones pertinentes, la doctrina de la antijuricidad, de la culpabilidad y de los restantes elementos del delito. Todo régimen fiscal cuyo sistema de sanciones se produzca al margen de la doctrina jurídico – penal y de los principios generales sobre ilicitud civil o administrativa ha de ser forzosamente irracional y arbitrario[11]. Por su parte, Menegazzi, sostiene que no es posible pensar en una independencia entre el derecho penal común y el derecho penal fiscal, ya que una independencia tal presidiría del estudio histórico del problema y se atendería a diferenciaciones conceptuales cuyo defecto provendría de desatender las contingencias del desarrollo de las instituciones en el tiempo y el último, pero no menos importante, no acepta la autonomía del derecho penal fiscal. Lo define como el derecho represivo de la administración fiscal y como el conjunto

[10] Andreozzi, Manuel, *Derecho Tributario Argentino*, Tipográfica Editora, Argentina, 1951, pp. 363 y 364.

[11] Sáinz de Bujanda, Fernando, *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, España, 1955, p. 460.

de disposiciones legales punitivas de las transgresiones de las leyes fiscales. Dice textualmente: "ya hemos dicho que en concepto nuestro el derecho penal es uno, y que las modalidades especiales que las leyes imprimen a las normas penales con las que el fisco persigue a los infractores no pueden justificar un derecho fiscal autónomo"[12]; insiste categóricamente en la unidad del derecho penal, ya que se funda en que los principios generales son comunes a todos los hechos lesivos de bienes jurídicos; la norma represiva tiene por base la sanción; aplicada la sanción a infractores de normas fiscales, ella no deja de formar parte del derecho penal general en el sentido de derecho común. La pena que se impone al infractor de la norma fiscal, tiene la base ética y jurídica de toda pena del sistema represivo general [13].

Nuestra posición, en relación a este cuestionamiento, con relación a los conceptos doctrinarios, definiciones y teorías del derecho penal común, es avocarnos a que el derecho penal es uno, como dice Bielsa, ya que los principios doctrinarios del derecho penal común, son de aplicación supletoria dentro del derecho fiscal para la persecución de los delitos fiscales; y que a raíz de un análisis objetivo de nuestro sistema jurídico, postro la consideración de que hay un alto grado de autonomía legislativa, ya que mientras que las normas de derecho penal común se encuentran generalmente en los códigos penales, las normas de derecho penal fiscal se encuentran en el código fiscal de la federación, así como dentro de las diversas leyes tributarias.

De lo anterior podemos concluir, que puede admitirse una autonomía didáctica del derecho penal fiscal, y aunque la adecuación de las figuras delictivas en materia tributaria tiene su propia dogmática, regida por principios generales de derecho penal común, la importancia de las mismas generan figuras y procedimientos con características propias y esenciales.

Tomando en consideración que la finalidad que se persigue, al establecer una norma penal en un ordenamiento legal, como lo son los de carácter tributario, le imponen a dicha norma determinadas características,

[12] Bielsa, Rafael, *Estudios de Derecho público*, Depalma, Argentina, 1951, Tomo II, p. 511.
[13] Lomelí Cerezo, Margarita, *Derecho Fiscal Represivo*, Porrúa, México, 3º ed., 1998, p.

que la distinguen claramente de los demás delitos, y así presentamos en el cuadro 1 los rasgos diferenciales que distinguen a la norma penal fiscal del derecho penal común:

Cuadro 1: características y rasgos diferenciales entre el derecho penal fiscal y el derecho penal común

Derecho Penal Fiscal	Derecho Penal Común
Concibe la reparación civil y delictual.	Concibe solo la reparación delictual; toda vez que cuando haya lugar a la reparación del daño, éste debe cuantificarse o determinarse conforme al derecho civil, salvo que se imponga como pena en la misma sentencia, deberá cumplirse en términos de esta.
Sanciona tanto los hechos delictivos como lo no delictivos (infracciones administrativas).	Solo sanciona los hechos delictuosos.
Sanciona tanto a las personas físicas como a las personas morales.	Solo sanciona a las personas físicas.
Sanciona con penas pecuniarias a los incapaces y les impone responsabilidad.	No les imputa responsabilidad alguna.
Sanciona a personas que no intervienen en la relación jurídica fiscal.	Solo sanciona a los que intervinieron en la concepción o comisión del delito a los que lo ejecutan y a los que encubren a estos.
En los casos de delito presume dolo, salvo prueba en contrario.	No se presume el dolo.
Solo atiende a la reparación del daño	Atiende principalmente al castigo corporal y subsidiariamente a la reparación del daño.

Fuente: Elaborado con base en los datos obtenidos en el título IV de las infracciones y delito fiscales del código fiscal de la federación y el código penal federal.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que los principios generales del derecho penal común son aplicables al derecho penal fiscal. Algunos de estos principios son:

> *"es razonable extender a la materia de las infracciones fiscales, el principio de derecho penal de que la ley más benigna debe aplicarse, con efectos retroactivos en favor del infractor, a hechos ocurridos antes de su vigencia, salvo inequívoca y terminante disposición en contrario. El artículo 232 del código fiscal engloba, dentro del término de "sanciones", medidas de carácter muy diverso, como las multas que puede imponer la autoridad administrativa y la prisión, que sólo puede decretar la autoridad*

judicial, lo que nos revela que pertenecen a la misma categoría los delito fiscales y otras infracciones no calificadas de delictuosas. Regulando la materia de las infracciones, el propio código previene (artículo 241) que, en todo lo no expresamente previsto, se aplicarán las reglas del código penal, entre las cuales se hallan establecidas por los artículos 56 y 57. Finalmente, cabe decir que el lema del derecho criminal "nullum crimen, nulla poena sine lege" corresponde con exactitud, en su espíritu, al principio contenido en el artículo 11 del código fiscal: "las normas de derecho tributario que establezcan cargas a los particulares serán de aplicación restrictiva"[14].

"si la imposición de las sanciones (penales o fiscales) tiene como finalidad mantener el orden público a través del castigo que, en mayor o menor grado, impone el estado al que incurre en una infracción, debe considerarse que las multas fiscales tienen una naturaleza similar a las sanciones penales y, por tanto, la aplicación en forma retroactiva de las normas que beneficien al particular, se apega a lo dispuesto por el artículo 14 por la jurisprudencia, la ley y la doctrina, en tanto que, por tratarse de castigos que el estado impone, debe procurarse la mayor equidad en su imposición, en atención a lo dispuesto por el artículo 1o. de la carta magna".[15]

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ha sustentado algunas tesis relativas a este punto, las cuales se transcriben para su estudio:

"si bien es cierto que de la interpretación armónica de los preceptos contenidos en el capítulo cuarto, título segundo del código fiscal de la federación, se puede concluir que el artículo 45 de ese ordenamiento establece la supletoriedad del código federal penal en todo lo no previsto en ese título en relación con los delito

[14] Retroactividad de la Ley Fiscal Más Benigna, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. CXXV, p. 1643.

[15] Tesis 2a./J. 8/98, Multas Fiscales. Deben Aplicarse en Forma Retroactiva las Normas que resulten Benéficas al Particular, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VII, Marzo de 1998, p. 333.

fiscales, no es menos cierto que los principios generales del derecho penal sí tienen aplicación en el campo de las infracciones administrativas dado que no existe una diferencia substancial sino de grado entre los llamados delito tributarios, que se sancionan por la autoridad judicial mediante el proceso correspondiente, y las contravenciones o infracciones administrativas, sancionadas por las autoridades administrativas, según procedimiento de la misma índole, ya que tanto unos como otras consisten en un acto u omisión que transgrede las normas fiscales, existiendo en ambas, elementos subjetivos de la culpabilidad, independientemente del elemento objetivo constituido por la transgresión de la norma o el daño causado a los intereses fiscales, de tal suerte que si hay una diferenciación entre el delito y la infracción administrativa, únicamente es en cuanto a la gravedad del ilícito que trae aparejada la aplicación de diversas sanciones y en cuanto a la autoridad que las aplica" .[16]

Una vez asentado el ámbito material de estudio, el cual es el derecho penal fiscal, proseguiremos con el estudio de la dogmática del delito, sus conceptos, principios y elementos que lo constituyen

I.El Delito Fiscal

El delito tiene sus orígenes en la realidad social y humana, que aunque los autores hayan tratado, en vano, de producir una definición del delito con validez universal, ha venido cambiando con el actuar de los pueblos y las épocas en que se sitúan, dicha mutaciones no hacen imposible un concepto de delito caracterizado jurídicamente, por medio de formulas generales determinantes de sus atributos.

Ignacio Villalobos, refiere que la palabra delito, deriva del supino *delictum* del verbo *delinquere*, a su vez compuesto de *linquere*, dejar, y el prefijo de en la connotación peyorativa, se toma como *linquere viam o rectam viam:* dejar o abandonar el buen camino[17].

[16] Tribunal Fiscal de la Federación, Principios Generales de Derecho penal. Son aplicables al campo de las Infracciones Administrativas, Tesis TASSS-2477, Segunda Época, t. II, enero a marzo de 1981, p. 569.

[17] Villalobos, Ignacio, *Derecho penal Mexicano*, Porrúa, México, 3º ed., 1975, p. 89

Los conceptos apuntados, así como otros autores, coinciden en aceptar como significado etimológico de la palabra delito, la de "apartarse o dejar atrás el buen camino señalado por la norma o la ley", es decir, que desde el origen de la palabra delito, se refería para aludir a un comportamiento no deseado por la sociedad alejada de las pautas de conductas idóneas. De esta manera, la historia registra desde la antigua roma que ya se distinguía entre delitos públicos (*crimina*) y delitos privados (*delicta*), precisando que las primeras ponían en peligro evidente a toda la comunidad, se perseguía de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas (decapitación, ahorcamiento en el árbol infelix, lanzamiento desde la roca tarpeya, et alli), y tenían orígenes militares y religiosos. Los segundos, causaban daño a un particular y solo indirectamente provocaban una perturbación social, se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada a favor de ella.

Los juristas clásicos romanos definían al delito como "el acto ilícito que se castiga con una pena; por lo tanto en su lenguaje clásico delictum seria todo acto antijurídico del que se deriva una obligación penal y una acción penal"[18].

A partir del siglo XVIII, concretamente desde la revolución francesa, la responsabilidad penal se hizo personal, así se estima que solo el hombre es sujeto del delito, porque solo los seres racionales tienen la capacidad para delinquir.

Son varias las definiciones que en la doctrina y en algunos códigos penales se han dado al delito, como la de Jiménez de Asúa, que entiende por tal "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"[19]; la de Cuello Callón que cree que el delito se configura como "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible"[20].

El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal, si no hay ley sancionadora no existirá delito. Esta definición, ya incluye

[18] Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*, Porrúa, México, 14º ed., 1997, p. 391.
[19] Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Sudamericana, Argentina, 1980, p. 14.
[20] Cuello Callón, Eugenio, *Op. cit.*, p. 7.

elementos fundamentales del delito que, posteriormente, anotaremos de manera particular, tales como la tipicidad y otras.

Soler lo define como "una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de esta"[21], por lo cual sus elementos sustantivos son: la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura.

Otros autores, como Luis Rodríguez Manzanera, en su obra criminología consideran que delito es: la acción u omisión que castigan las leyes penales, es la conducta definida por la ley.

De esta manera puede señalarse que el delito es un acto humano que ha de ser antijurídico, previsto en la ley como delito y cuyo acto ha de ser culpable, imputable a dolo, intención, culpa o negligencia y que debe estar sancionado con una pena, ya que si no hay penalidad, no existirá delito.

Siendo el principal exponente de la escuela clásica, expondremos la definición de delito de Francisco Carrara; dicho autor lo define como "la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" [22].

Respecto a México, el código penal de 1871, define al delito como la infracción voluntaria de la ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ordena. El código penal de 1929 lo conceptuaba como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

En el código penal vigente se define que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El delito ha sido definido de manera breve como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales", definición contenida en el artículo 7º del código penal federal. Dicha definición significa que el delito puede consistir en un *hacer* (realizar algo que se encuentra prohibido por la ley) o un *no hacer* (dejar de hacer algo que la ley manda). Tanto en un caso

[21] Soler, Sebastián, *Derecho Argentino*, Parte Especial, Edición tipográfica, Argentina, 3º ed., 1970, Tomo III, p. 39.

[22] Castellanos, Fernando, *Op. cit.*, pp. 125 y 126.

como en el otro, se trata de una conducta humana; solo el hombre pude cometer delito.

La anterior definición que establece el mencionado ordenamiento jurídico, no es una definición a la que se llego por momento de lucidez jurídica, sino que viene de un estudio teórico a través de la historia.

Para poder comprende el delito fiscal, es necesario, antes, entender lo que es un delito, para ello, haremos el estudio pertinente del presente concepto.

En el artículo 7º del código penal de 1931 para el distrito federal en materia común y para toda la republica en materia federal, establece en su primer párrafo: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", definido de igual manera en el ordenamiento vigente.

Siendo así, dentro del derecho positivo mexicano los elementos del delito se configuran en un acto y omisión, es decir, una acción o lo que es lo mismo, la voluntad, externamente manifestada por un movimiento del agente o por la falta de realización de un hecho positivo exigido por la ley, y que esté sancionado por la ley penal. Esto implica la obligación del establecimiento de los tipos legales por la normación punitiva.

A consecuencia de lo anterior, ya comprendido el concepto de delito en el derecho penal común, es de esencial naturaleza estudiar el concepto de delito fiscal dentro de las leyes tributarias.

Entendiendo por delito, en general dentro el derecho positivo mexicano, como todo acto u omisión que sancionan las leyes penales, podemos a modo de suplencia definir al delito fiscal, como todo acto u omisión que sancionan las leyes fiscales, esta definición supletoria es necesaria para entender la concepción de dicha palabra, ya que dentro el código fiscal de la federación no se encuentra ninguna definición de dicha palabra, y así haciendo uso del artículo 5º , segundo párrafo, podemos llegar a un concepto de delito fiscal.

Gregorio Rodríguez Mejía, define al delito fiscal de la siguiente forma: "después de haber conceptuado la infracción como toda violación a una ley, se propone, para efectos prácticos, la siguiente idea de delito fiscal: infracción imputable a una persona física que amerita una pena distinta de la económica" [23].

[23] Rodríguez Mejia, Gregorio, "Evasión Fiscal", en *Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, , Año XXXIV, Número 100, enero-abril 2001.

Ahora bien, en materia tributaria, la calificación de los delitos nacerá de un acto administrativo, como lo es el principio del ejercicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales.

En este sentido podemos mencionar, que dentro del código fiscal de la federación se encuentra una lista de las conductas delictivas, tanto de los contribuyentes como de las autoridades fiscales; para ello podemos entender que de las facultades de comprobación de las autoridades hacendarías pueden surgir dos tipos de delito fiscales, el primero que surge de la acción indebida de las autoridades fiscales, en el cual el ofendido o víctima es el contribuyente, y el que surge de determinada acción u omisión del contribuyente, el cual es constitutivo de un delito fiscal según las disposiciones del código tributario federal y dentro del cual el ofendido o la víctima es la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

Se aclara que en materia fiscal es la naturaleza de la sanción, ya sea pecuniaria o corporal, la que determina cuando estamos frente a una infracción o un delito fiscal, o frente a ambos; por lo que haremos una breve diferenciación entre los concepto de delito fiscal e infracción fiscal, ya que en México la doctrina y la legislación fiscal no han establecido una clara diferenciación entre una infracción de carácter administrativo y la conducta considerada como delictiva y sancionada como tal.

"¿qué se entiende por infracción y qué por delito en materia fiscal? Y ¿qué responsabilidad se sigue de unas y de otros?"[24]

Me interesa reiterar en este punto que nos encontramos en materia de derecho fiscal y que, en buena parte, sólo tiene validez en esta disciplina lo que aquí se exprese.

Una infracción, como el vocablo, se interpreta gramaticalmente (y esto tiene el mismo sentido en derecho fiscal): es la violación de una ley.

La doctrina señala que: *Infracción*, del latín *infractio*, significa quebrantamiento de la ley o pacto. Es la contravención a normas de

[24] Herach, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Liceo Profesional Cima, Argentina, 1976, Tomo I, p. 193.

carácter administrativo derivada de una acción u omisión.[25]

La expresión *infracción* con gran frecuencia se emplea erróneamente, sobre todo por personas sin conocimientos jurídicos.

Ya que anteriormente hemos hecho referencia al concepto de delito fiscal, haremos solo una breve reseña del mismo concepto; el código penal federal en su artículo 7º define el delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Además del manifiesto error de la utilización de la palabra sancionan, este concepto en la materia fiscal debe depurarse.

Si hemos dicho que la infracción es la violación a una ley, el delito hemos de decir que es una infracción que de acuerdo con el derecho, amerita una pena corporal.

Ya que el código fiscal de la federación solamente distingue entre una infracción y un delito tributario, pero no define las características que permitan diferenciar la conducta que da lugar a la infracción y a la existencia de un delito tributario, habrá que establecer diferencias entre infracción y delito fiscal, además de la que se expresa en las ideas de los párrafos anteriores:

Cuadro 2: diferencias entre la infracción y el delito fiscal

infracción fiscal	delito fiscal
Infracción: Acto realizado contra lo dispuesto en una norma legal o incumpliendo un compromiso contraído. **Infracción fiscal:** Toda trasgresión o incumplimiento de una ley, de carácter fiscal, que debe ser sancionado.	**Delito:** Acto u omisión constitutivo de una infracción de la ley penal. Según el art. 7º del código penal federal es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. **Delito fiscal:** Los delito fiscales consisten en realizar conductas encaminadas a burlar o engañar a la autoridad hacendaría para obtener un beneficio y se relacionan con el incumplimiento de obligaciones fiscales.
La infracción es el género de lo ilícito.	El delito es una especie de ese género.
La infracción fiscal, según el artículo 70 del código fiscal de la federación amerita una pena económica, en forma de multa.	El delito amerita pena corporal (pena privativa de la libertad).
La multa la aplica la autoridad fiscal.	La pena corporal, la autoridad judicial.

Fuente: elaborado con base en los datos obtenidos en el titulo IV de las infracciones y delito fiscales del código fiscal de la federación.

[25] Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, México, 4º ed., 1991, Tomo II, p. 1711.

En armonía con nuestro sistema jurídico tributario, el incumplimiento de las obligaciones tributarias, así como la forma de actuar de los funcionarios públicos, en su caso, se puede clasificar en infracción o como delito, de lo cual se puede desprender que existe el problema de que un ilícito sea sancionado tanto en el ámbito penal como en el administrativo, lo que iría en contra del principio jurídico non bis in idem, que se encuentra consignado en el artículo 25 constitucional. Obviamente la conducta ilícita no se dos veces, sino que en que en realidad la sanción presenta un doble aspecto: el penal y el administrativo (pena corporal y sanción económica) que son impuestos por autoridades distintas.

Existen algunas teorías para intentar establecer esta diferencia entre infracción y delito; a saber la *teoría cualitativa*, que señala que el delito es una creación jurídica que protege a los derechos de los ciudadanos y que la infracción es una creación política que protege la actividad de la administración destinada a la realización práctica de estos derechos, esta teoría considera, conforme a la antijuridicidad, que el delito atenta contra la moral o contra el derecho natural, en tanto que en la infracción se busca evitar la conducta ilícita por razones de conveniencia para el estado; que tomando en consideración el riesgo, nos dice que el delito supone la producción de un daño, o la intención de producirlo, a diferencia de la infracción, que solo implica un peligro no deseado por el estado, y se presenta aun sin el ánimo del infractor; y que considerando la culpabilidad, nos dice que en las infracciones el dolo se presume sin que se admita prueba en contrario, por lo que la imposición del juzgador se reduce a probar objetivamente la violación a la norma, lo cual no ocurre en materia de delito. La otra teoría que intenta establecer esta diferencia es la *cuantitativa,* que se desentiende de la esencia de ambos ilícitos, pues considera que la infracción es una violación a reglas de conducta de poca importancia para la conservación del orden social, en tanto que en el delito la gravedad del ilícito es mucho mayor, o lo que lo mismo, la infracción es un delito pequeño.

Por último, tenemos a la *teoría legislativa,* que considera que la diferencia esta en la apreciación del legislador quien, por razones circunstanciales y de necesidades sociales delimita el campo de la infracción y lo separa del delito con base en decisiones de política criminal, por lo que será necesario consultar la legislación en cada caso para determinar si un ilícito queda comprendido en las infracciones o en los delito.

Podemos, en criterio, argüir que la teoría legislativa es la recogida por nuestro sistema tributario, ya que no define que debe entenderse por delito o por infracción, sino que simplemente enuncia conductas típicas.

Ya sentadas las diferencias entre delito e infracciones fiscales, podemos comentar aun más sobre el concepto de delito fiscal.

Podemos decir que desde el punto de vista material los delito fiscales ni son todos lo que están, ni están todos los que son, porque no todas las figuras delictivas que contiene el código fiscal de la federación se relaciona con las contribuciones ni tienen como sujeto pasivo al estado en su calidad de fisco.

El concepto de delito fiscal puede ser amplio[26], en tanto que se trate de todo ilícito que atente contra la hacienda pública federal, estatal o municipal.

Siendo materia de este estudio, nos referimos a un concepto restringido, el cual consiste en referirlo de manera exclusiva a las figuras delictivas que están inmersas en el código fiscal de la federación.

A fin de delimitar, aún más el objeto de estudio, podemos mencionar la siguiente clasificación de los delitos fiscales de Mario Alberto Torres Blanco[27]:

1.Reglas específicas: requisitos de procedibilidad, sobreseimiento, sanción pecuniaria, participación, encubrimiento, agravantes, tentativa, delito continuado, prescripción de la acción penal, beneficios a los condenados.

2.Delito en materia de comercio exterior: contrabando y delito equiparables.

[26] Cepeda Lópezhermosa, Rodolfo, "El Derecho penal Fiscal en Derecho penal Contemporáneo", *Revista del Seminario de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la UNAM*, No. 11, diciembre de 1965, México, p. 95.

[27] Torres Blanco, Mario Alberto, *Teoría y Práctica de los Delito Fiscales*, Porrúa, México, 2º ed., 2001, p. 40.

3.Delito de defraudación fiscal y equiparable.
4.Otros delito fiscales:
a)Relacionados con el registro federal de contribuyentes.
b)Relacionados con la contabilidad e información confidencial.
c)Depositaria infiel.
d)Relacionados con los medios de control y registro.
e)Relacionados con las visitas domiciliarias.
f)Relacionados con "amenazas".
g)Robo y daño de mercancías de comercio exterior bajo control fiscal.

En suma, podemos concluir de lo anterior que para poder definir lo que es un delito fiscal, no solo basta entender el origen de dicha palabra y sus varias acepciones doctrinarias, sino además, como veremos más adelante, es necesario entender las características de un delito fiscal, que a forma de señalamiento son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad. De esto no ocuparemos más a fondo en los siguientes puntos; ya que consideramos que el estudio de los delitos especiales, y en particular de los delitos fiscales, debe efectuarse aplicándose la teoría del delito a cada delito en particular, pues de otra manera no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad dogmática.

En la práctica existe una circunstancia que se presenta de manera muy común, que se hace consistir, en que, olvidamos que todas las leyes que describen delito presuponen o contienen de manera implícita otros elementos que no aparecen de manera textual en la descripción legal, esto ocurre, no sólo con los delito del orden común, sino también con los delito fiscales por lo que pasaremos a hacer un estudio profundo acerca de los elementos genéricos del delito fiscal.

A manera de proemio podemos mencionar, que los elementos del delito son las partes que lo integran, son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llega a ser la negación de aquél; significa que anula o deja sin existencia al positivo y por tanto, al delito.

Ya que nuestro estudio versa sobre el delito fiscal, entendido este como el ilícito que se describe en el código fiscal de la federación, nos avocaremos solamente al estudio de los elementos positivos del delito fiscal, los cuales a saber son la conducta, la *tipicidad*, la *antijuricidad,* la *culpabilidad, la imputabilidad* y *la punibilidad.*

Es necesario y prudente sentar las bases acerca de lo que actualmente se entiende por elementos del tipo penal y cuerpo del delito, es necesario explicar esta discusión doctrinal y dogmática de dichos conceptos para sentar la base de partida de nuestro estudio.

Sabido es por todos, que nuestra Constitución federal contempla un conjunto de derechos subjetivos para el ciudadano que, en la práctica, son mejor conocidos como garantías individuales. Dentro de esos trascendentales derechos existen unos que se conocen como garantías en materia penal, comprendidas en los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de nuestra Carta Magna, que a grandes rasgos, tanto en el aspecto material como formal, de alguna forma coinciden con los 10 axiomas del sistema garantista en materia penal, de que habla Luigi Ferrajoli en su obra derecho y razón, en la que, además, acertadamente indica que un estado en el que se cumplan en los hechos y a cabalidad esas garantías o axiomas es un ideal y algo difícilmente alcanzable en su totalidad. Esos axiomas son: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniura;nulla iniura sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione.*

Sin embargo, los estados democráticos modernos han venido perfeccionando su sistema penal para ascender, día con día, a un nivel superior de desarrollo.

En el caso de conceptos de primer orden en materia penal, como son *cuerpo del delito y probable responsabilidad* o como lo fue el concepto de elementos del tipo penal. Con relación a este último que en 1994 sustituyó al añejo concepto de cuerpo del delito, acontece que fue definido en la ley secundaria, texto que quedó inmerso en el código de

procedimientos penales del distrito federal en atención a la dualidad de facultades con que contaba el congreso de la unión. No obstante, en algunos estados de la república el órgano legislativo se limitó a cambiar la mención de *cuerpo del delito* por la de *elementos del tipo penal,* sin que existiera ninguna modificación y contrariando el espíritu del nuevo precepto constitucional. Ello motivó que la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación emitiera una tesis sobre el particular, indicando que los elementos del tipo penal debían ser los mismos que están señalados en el ordenamiento procesal federal en materia penal.

Son de igual importancia, para poder comprender ¿qué es cuerpo del delito? Y ¿qué es el tipo penal?, las siguientes tesis jurisprudenciales, que se transcriben para su estudio:

> *"Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito. "; asimismo, "por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal ", y que para "su comprobación constituye la base de todo procedimiento penal, y sin ella no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna ".*[28]
>
> *"Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución general de la república, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del código federal de procedimientos penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos*[29]

[28] Tesis 845, Cuerpo del Delito, Apéndice de 1995, Quinta Época, t. II, Parte HO, p. 544.
[29] Tesis 848, Cuerpo del Delito, Concepto De., Apéndice de 1995, Sexta Época, t. II, Parte HO, p. 545.
[30] Tesis 846, Cuerpo del Delito, Apéndice de 1995, Quinta Época, t. II, Parte HO, p. 544.

que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.[31] *"*

A partir de la reforma sufrida por el artículo 16 constitucional que entró en vigor el cuatro de septiembre del año en curso, para que una orden de aprehensión pueda ser dictada es menester que exista denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena

[31] Tesis III.2o.P.67P, Cuerpo del Delito, Concepto Del. Sólo es aplicable a la orden de aprehensión y al auto de formal prisión, de acuerdo con las reformas a los artículos 16 y 19, de la constitución general de la república, publicadas el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XII, Septiembre de 2000, p. 735.

" privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.[32]*"*

"El artículo 19 constitucional dispone en su primera parte que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán el delito que se impute al acusado,el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. ..... Por ello, dado el principio de supremacía constitucional plasmado en el artículo 133 de nuestra carta magna, los jueces ..... se encuentran obligados a dictar los autos de formal prisión acorde a los requisitos que exige el artículo 19 constitucional para tener por comprobado el cuerpo del delito, no los elementos del tipo penal ....., pues mientras que el cuerpo del delito exige únicamente se acrediten los elementos objetivos del delito, los elementos del tipo penal requieren del acreditamiento de todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos, como son: 1) la existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro, 2) la forma de intervención del sujeto activo, 3) si la acción u omisión fue dolosa o culposa, 4) la calidad de los sujetos activo y pasivo, 5) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, 6) el objeto material, 7) los medios utilizados, 8) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, 9) los elementos normativos y, 10) los elementos subjetivos específicos, así como la probable responsabilidad del inculpado; además, deben señalarse todas las modificativas del delito o sus calificativas que pesen sobre el inculpado en la comisión de una conducta delictiva.[33]*"*

---

[32] Tesis VII.P.J/35, Artículo 16 Constitucional Reformado, *Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta,* Octava Época, t. 74, Febrero de 1994, p. 71.

[33] Tesis XXI,4o.1, Auto de Formal Prisión. Debe reunir los requisitos previstos en el Artículo 19 Constitucional, independientemente de lo que al respecto se establezca en la Ley que lo regule, dado el principio de supremacía constitucional (Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XIII, Enero de 2001, p. 1686.

"Si bien es cierto que el anterior texto del artículo 19 constitucional establecía que para dictar un auto de formal prisión debían precisarse y analizarse los elementos materiales del delito y que en el texto actual del referido artículo 19 constitucional se habla de elementos integradores del tipo penal, no menos cierto es que esos términos (materialidad del delito y materialidad del delito y elementos integradores del delito),participan de la misma naturaleza, es decir tienen el mismo significado, tan es así que el texto actual del artículo constitucional en comento de cualquier modo obliga a la autoridad judicial a precisar y examinar los elementos materiales del tipo penal del delito de que se trate.[34]*"*

El *cuerpo del delito* es una figura tradicional y que se ha adecuado a través del transcurso del tiempo en nuestro derecho penal mexicano, dando lugar nuevamente a la teoría causalista, en cambio el concepto de *elementos del tipo penal del delito que se impute*, fue una importación que se hace de la teoría finalista, cuyos principales estudiosos los encontramos en Alemania, concepto que generó controversias y confusiones ya que rompía de la noche a la mañana con toda la tradición jurídica penal de nuestro país. No fue necesario el transcurso de muchos años para la rectificación y retomar nuevamente el concepto del *cuerpo del delito*, para muchos estudiosos del derecho penal esta reforma puede implicar un retroceso, pero para muchos otros implica la utilización de un concepto que por largo tiempo se desarrollo en el país.

El diccionario jurídico mexicano, define al cuerpo del delito como: "aquel concepto cuyo contenido comprende todos aquellos extremos que el juzgador debe comprobar plenamente como condición de la procedencia del auto de formal prisión o de sujeción a proceso.[35] "

La doctrina, a través de Moreno Cora, en su libro *tratado de las pruebas* escribe acerca del cuerpo del delito lo siguiente: "cuerpo del delito es todo aquello que representa la material manifestación y la

[34] Tesis XVV.2o.4, *Articulo 19 Constitucional, el termino elementos del Delito a que aludía el texto del, antes de las reformas del 3 de septiembre de 1993 y el termino elementos del Tipo Penal del Delito, a que alude a partir de dicha reforma, participan de la misma naturaleza*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. II, Septiembre de 1995. p. 519.

[35] *Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit.*, Tomo II, p. 78.

aparición del delito. Pero no todo lo que sirve para mantener el delito puede merecer tal nombre, sino tan solo aquellas manifestaciones físicas que están ligadas íntimamente a la consumación del hecho delictuoso. El cuerpo del delito se refiere a los medios materiales inmediatos de la.consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya de un modo accidental, ya por razones inherentes a la esencia del hecho mismo[36] ".

Una vez sentada esta discusión doctrinal, partiremos en el estudio de los elementos constitutivos del delito fiscal, utilizando las doctrinas penales y aplicándolas en materia fiscal de una forma supletoria, para así poder comprender en forma teórica y didáctica que es lo que se comprende como delito fiscal.

El delito es ante todo una conducta humana, no ocuparemos de su estudio en una forma general dentro de la teoría penal, siendo esta aplicable al estudio de los delitos penales.

Para expresar este elemento se han usado varias denominaciones: *acto, acción, hecho.*

Nosotros preferimos el termino conducta; dentro de el se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo, dentro de este concepto pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Siendo el primero de los elementos que requiere el delito para existir, es un comportamiento humano voluntario, a veces una conducta humana involuntaria puede tener ante el derecho penal responsabilidad imprudencial o preterintencional, solo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo, ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas, acción y omisión.

Hemos expresado que la conducta[37], puede manifestarse mediante hacerse positivos o negativos; es decir, por actos o abstenciones.

Acto o acción stricto sensu: es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.[38]

---

[36] Moreno Cora, Silvestre, *Tratado de Pruebas Judiciales,* Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1994, p. 677.

[37] También llamado acto o acción, latos sensu.

[38] Castellanos, Fernando, *Op. cit.*, p. 152.

Habiendo delimitado algunas cuestiones previas sobre la conducta, podemos dar un concepto: la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.[39]

Cuello Callón, define a la acción, en sentido estricto, como el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca.[40]

Para Eugenio Floyran, la acción es un movimiento de cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera e imperceptible; sus elementos son: i) manifestación de la voluntad, ii) actividad; iii) resultado; y iv) nexo de causalidad.

Hans Welzel menciona que la acción humana es un acontecimiento finalista y no solamente causa, que la finalidad es evidente, la causalidad es ciega, la conducta en el derecho penal no puede entenderse sino como conducta culpable, por lo tanto habrá que ver la conducta y el resultado, de no ser así estaríamos aceptando un concepto de conducta limitada a querer únicamente el comportamiento corporal.
Autores como Cuello Callón, Jiménez de Asúa, y Edmund Mezger; todo ellos coinciden, en general, que los elementos de la acción son: manifestación de la voluntad, un resultado y un nexo causal entre el querer y el hacer del agente (sujeto activo).

En el caso de la acción, las leyes tributarias prohíben el actuar del contribuyente, así como el actuar del servidor público (artículos 114 y 114-A del código fiscal de la federación), ya que si estos realizan la conducta prohibida, alteran el orden jurídico así configurándose el delito fiscal.

Para Cuello Callón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal, o en su caso la ley tributaria, impone el deber de ejecutar un hecho determinado.[41]

La omisión puede definirse como la inactividad voluntaria cuando la norma penal y en este caso la norma tributaria impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

---

39 *Ibidem*, p. 149.
40 Cuello Callón, Eugenio, *Op. cit.*, p. 8.
41 *Ibídem,* p. 273.

La omisión puede definirse como la inactividad voluntaria cuando la norma penal y en este caso la norma tributaria impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

En los casos de omisión, la ley fiscal exige con un mandato o una orden se realice determinada conducta esperada de parte del contribuyente, siendo que la omisión de la norma establecida en las leyes fiscales constituye un delito fiscal.

Los elementos que constituyen la omisión son: i) La manifestación de la voluntad, que se traduce en no actuar; y ii) La inactividad, que es la voluntad encaminada a no efectuar la acción ordenada por el derecho.

El segundo elemento del delito, dentro del sistema causalista, es *la tipicidad* este concepto parece arrancar a su vez del concepto de cuerpo del delito, pero el mérito fue desarrollar la teoría de la tipicidad como una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito que como instrumento técnico que garantizara el principio de la legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del estado.

Nuestra Constitución en su artículo 14, establece en forma expresa que no existe delito sin tipicidad.

Podemos definir al elemento tipicidad como el encuadramiento perfecto entre la conducta humana y el tipo establecido por la norma jurídica.

Para Sebastián Soler *tipicidad*, implica el hecho tipificado más la adecuación típica, o la subsunción del hecho concreto al tipo legal.

Para Castellanos tena, tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con él descrito por el legislador.[42]

No deben confundirse los conceptos tipo y tipicidad, ya que el tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales y en este caso en las leyes tributarias.

Mariano Jiménez, en su obra *la tipicidad,* define el tipo como "el injusto recogido y descrito en la ley penal". En concreto: *el tipo* a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el código tributario.

[42] Castellanos, Fernando , *Op. cit.*, p. 168.

La *tipicidad* es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la ley penal o de la ley tributaria un tipo, para que el delito quede excluido.

La función de la tipicidad es comentada por Luis Jiménez de Asúa, que expresa que la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad en el ámbito penal. La tipicidad no solo es pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de libertad.

Es así que la tipicidad en materia fiscal consiste en la adecuación de la conducta concreta de una contribuyente, o en su caso de un servidor público, conducta esta que implique una obligación fiscal, o un hacer del servidor público a la descripción del ilícito formulado en la ley.

Dado que en materia fiscal rige el principio de estricta aplicación de la norma aflictiva, la tipicidad es un elemento *sine qua non* de los delito tributarios, esto de acuerdo con el artículo 73 fracción XXI de la Constitución federal.

No podemos pasar por alto que la existencia de un delito fiscal, necesariamente debe estar prevista una obligación fiscal sustantiva cuyo incumplimiento tipifique un delito.

Por antijuridicidad, Fernando Castellanos entiende a la antijuricidad como un concepto negativo, un anti, en el que lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, dice que comúnmente se acepta como *antijurídico lo contrario a derecho.* Actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder.

Según Cuello Callón, la antijuricidad presupone una juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una[43] norma jurídico – penal. Tal juicio objetivo, podrá solo recaer sobre la acción ejecutada.[44]

La antijuricidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una

[43] Castellanos, Fernando, *Op. cit*., p. 177.
[44] Cuello Callón, Eugenio, *Op. cit*., p. 284.

estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del estado.

Porte Pettit dice que, "una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación[45] ".

Formalmente podemos entender la antijuricidad como la conducta que se encuentra en contradicción con preceptos legales de carácter positivo o negativo.

La antijuridicidad se explica a través de dos criterios doctrinales, *el criterio objetivo*, que a decir de Ignacio Villalobos señala sobre la antijuridicidad en base a este criterio, lo siguiente: "la valoración de los actos es netamente objetivo. Por lo tanto es acertada la formula que declara que la antijuricidad es la violación de las normas objetivas de valoración, no importando los rasgos subjetivos de quien comete el acto"[46]; y el criterio subjetivo, del cual Franco guzmán, en su obra *la subjetividad en la ilicitud,* dice que: "el derecho se concibe como una voluntad de fuerza psicológica (bajo la amenaza de una pena), que actúa sobre la voluntad misma del sujeto, quien esta obligado a no quebrantar la estructura de la ley, de tal modo que el cumplimiento de una obligación como el incumplimiento de la voluntad de la ley resultan ser procesos voluntarios. Así, solo serán actos antijurídicos los realizados por actores imputables."

Franz von Listz elaboro una doctrina dualista de la antijuridicidad[47], en la cual establece una antijuricidad *formal* y una *material.*

De todo lo anterior podemos a manera de conclusión concebir a lo antijurídico, dentro del derecho positivo mexicano como un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el estado. La valoración de una conducta sin recurrir a la contrariedad formal del mandato o prohibición del orden jurídico, no integra la esencia de lo antijurídico.

En materia fiscal, el delito es lo contrario al derecho objetivo y la antijuridicidad constituye la lesión del ordenamiento, y con base en las

---

45 Porte Pettit Candauap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho penal*, Porrúa, México, 16º ed., 1994. p. 285.

46 Villalobos, Ignacio, *Derecho penal Mexicano,* Porrúa, México, 3º ed., 1975, p. 251.

47 Von Liszt, Franz, *La Idea del Fin en el Derecho penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad de Valparaíso en Chile, México, 1994, p. 23.

valoraciones de las obligaciones que establecen las leyes tributarias y las demás normas administrativas se crea lo antijurídico.

A diferencia del tipo, que describe una hipótesis, la antijuricidad valora la conducta, siendo la antijuricidad la forma y la tipicidad la forma concretando lo antijurídico. Así, toda acción típica y punible, según la ley, es antijurídica; y no será antijurídica una acción que por la misma ley no este tipificada y sancionada.

La imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad; por lo mismo, antes de estudiar el elemento *culpabilidad,* urge un análisis de la *imputabilidad.*

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer; en el campo del derecho penal implica, salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer un delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

La imputabilidad es la capacidad penal para responder, aptitud para ser atribuida a una persona una acción u omisión que se constituye delito o falta.

Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de *entender* y de *querer*, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

Para Max E. Mayer la imputabilidad es "la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente[48] ".

Fernando Castellanos, define a la imputabilidad como "la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal [49]".

Según Carranca y Trujillo la imputabilidad es "el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo[50] ".

---

[48] Castellanos, Fernando , *Op. cit.*, p. 218.de Valparaíso en Chile, México, 1994, p. 23.
[49] Loc. cit.
[50] Carranca y Trujillo, Raúl , *Op. cit*., p. 222.

La *responsabilidad* es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.[51] Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del *minimum* de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del estado; pero solo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

Toda vez que ya quedo definido en términos generales, la responsabilidad como la situación en que se encuentra aquel que debe sufrir las consecuencias de un hecho que le es imputable y que causa un daño, es de estudio necesario la conceptualización de la *responsabilidad penal fiscal.*

Según Zanobini, la expresión *responsabilidad* indica la obligación de aquel a quien, por cualquier titulo, incumben las consecuencias de un hecho dañoso.[52]

La responsabilidad penal, es la situación en que se encuentra la persona que, de acuerdo con la ley y la declaración judicial respectiva, debe sufrir las consecuencias de un hecho ilícito, que le es imputable en concreto, por dolo o culpa de su parte.[53]

Dentro de la materia fiscal, la responsabilidad también se da, reptando los lineamientos del derecho penal común, pero constituye, a mi saber dos tipos de responsabilidad: i) La responsabilidad en la que incurre el contribuyente al violar alguna norma tributaria tipificada como delito y la cual se le atribuye una pena; y ii) La responsabilidad en la que incurre el servidor público al violar las normas tributarias, así como administrativas, las cuales se les tipifican como delito.

Al primer tipo de responsabilidad, no es necesario realizar ningún comentario, ya que el responsable es un particular, en su caso un contribuyente que incumple con algún precepto legal objetivo y a cuyo incumplimiento se le atribuye una pena por estar tipificado como un delito fiscal o en su caso es responsable por una infracción fiscal que merece una pena únicamente patrimonial.

---

51 Castellanos, Fernando , *Op. cit.*, p. 219.
52 Lomelí Cerezo, Margarita, *Derecho Fiscal Represivo*, Porrúa, México, 3º ed., 1998, p. 199.
53 *Ibidem*., pp. 200 y 201.

Al detenernos en la responsabilidad del servidor público, podemos entender que dicha responsabilidad recae en el incumplimiento de sus facultades o atribuciones, es decir, en el legal actuar de su investidura y a dicho incumplimiento con su proceder le corresponde una pena, en este caso por la comisión de un delito fiscal.

Al respecto Zanobini dice: "la inobservancia de cualquier deber de los particulares hacia la administración pública, constituye un acto ilícito de derecho administrativo y es causa de la responsabilidad del transgresor hacia el ente titular del interés tutelado por la norma y en virtud del cual se impone el deber[54]".

A lo anterior es necesario hacer un breve comentario, ya que la responsabilidad que tiene por objeto la aplicación de penas impuestas por el estado en ejercicio de su potestad administrativa y compete a la administración pública y es la llamada *responsabilidad administrativa.*[55]

La responsabilidad fiscal o tributaria, no solamente recae en el particular, en su caso en el contribuyente como comisor de un delito fiscal, sino también recae en el servidor público que cometa el ilícito tipificado por la norma.

Aunado a lo anterior y toda vez que la responsabilidad deviene del artículo 19 constitucional, es conveniente señalar que responsabilidad es el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito. Sin embargo, parece que el artículo 19 constitucional entiende por responsabilidad la intervención del sujeto en la realización de una conducta, principal o accesoria de una adecuación típica. Obviamente, la concurrencia de alguna de las causas excluyentes enumeradas en el artículo 15 del propio ordenamiento, destruye la responsabilidad.

La responsabilidad a que alude el artículo 19 constitucional no debe tomarse en su significado gramatical (calidad de lo que pueda ser probado), sino estrictamente lógico. La probabilidad, por admitir la hipótesis contraria, es conciliable con la duda. Y de ahí que el apotegma in dubio pro reo, que se traduce forzosamente en el de *in dubio no praesumitur delictum*, no favorece al sujeto pasivo de la acción penal. La

[54] *Ibidem*., p. 202
[55] *Loc. Cit*.

probabilidad, lejos de eliminar la duda, la implica y, por ende, el auto de formal prisión se dicta aunque exista duda sobre la responsabilidad.[56]

Los caracteres de la responsabilidad por ilícitos fiscal, señalan que para que exista dicha responsabilidad debe haber violación a una norma de derecho tributario, que esta violación tiene siempre un carácter de derecho público, aunque no se produzca un daño concreto para el fisco, porque la norma violada es de derecho público y su transgresión afecta al orden jurídico tributario, que existe en razón de necesidades e intereses públicos, comprende la pena privativa de la libertad, se origina por dolo o culpa, reales o al menos presuntos, del delincuente y que en principio, la responsabilidad es personal, aunque se admiten excepciones que se basan en ciertas presunciones de culpabilidad, por instigación o complicidad, derivadas de las relaciones especiales entre el responsable directo y otras personas.

El artículo 95 del código fiscal de la federación en sus ocho fracciones establece los sujetos responsables de los delitos fiscales.

En conclusión, la responsabilidad fiscal tiene grandes similitudes con la responsabilidad penal, esta conclusión deriva de lo siguiente; la responsabilidad fiscal deriva de un hecho ilícito, es decir, requiere la violación de una norma por dolo o culpa, es personal y se rige por normas de derecho público, configurándose aunque no se haya producido un daño concreto, características, todas, de la responsabilidad penal.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. Es uno de los hallazgos fundamentales de la teoría del delito.

Se considera culpable la conducta cuando a causa de las relaciones psicológicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochada.

Luis Jiménez de Azua, dice que la culpabilidad es donde el interprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede los más ceñido posible en el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetro.[57]

---

[56] Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, Kratos, México, 13º ed., 1991, p. 86.
[57] Castellanos, Fernando, *Op. cit.*, p. 233.

Puede definirse la culpabilidad, en el más amplio sentido, como "el conjunto de presupuestos que fundamentan a la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica[58] ".

Para Cuello Callón, se considera culpable la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.[59]

Fernando Castellanos considera a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.[60]

En materia fiscal, en base a la culpabilidad es posible garantizar la seguridad de los contribuyentes, o de algún otro actor del ilícito fiscal, ya que con fundamento en el propio razonamiento de culpabilidad se puede graduar la medida de la responsabilidad, y por lo tanto, la fuerza de la pena.

En todo ilícito fiscal se presenta una característica objetiva, la antijuricidad y otra subjetiva, la culpabilidad, que es la oposición del delincuente al deber jurídico establecido en la norma.

Las formas de la culpabilidad son las siguientes:

· *El dolo.*

Según Eugenio Cuello Callón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso,[61] oo simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Luis Jiménez de Asúa define al dolo como "la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción [62]".

Fernando Castellanos, resume lo anterior y dice que el dolo "consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico[63] ".

---

[58] Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Sudamericana, Argentina, 10º ed., 1980, p. 444.
[59] Cuello Callón, Eugenio, *Op. cit.*, p. 290.
[60] Castellanos, Fernando, *Op. cit.*, p. 234.
[61] Cuello Callón, Eugenio, *Op. cit.*, p. 302.
[62] Jiménez de Asúa, Luis, *Op. cit.*, p. 459.
[63] Castellanos, Fernando, *Op. cit.*, p. 239.

El código penal federal en su artículo 9º primer párrafo define al dolo de la siguiente forma: "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepte la realización del hecho descrito por la ley ".

a)Elementos del dolo: I) Elemento ético: está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber; y II) Elemento volitivo o psicológico: consiste en la voluntad de realizar el acto.

b) Tipos de dolo: I) Directo: el resultado coincide con el propósito del agente; II) Indirecto: El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultado delictivos; III) Indeterminado intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial; y IV) Eventuales desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

·*La culpa.*

Según Cuello Callón, existe la culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.[64]

Fernando Castellanos considera que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.[65]

El código penal federal, en su artículo 9º segundo párrafo define a la culpa de la siguiente manera: "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

A lo anterior, podemos entender que la culpa en *stricto sensu,* es la actitud del sujeto reprochable en virtud de la inobservancia de las reglas, ordenes, mandatos, prudencia o atención; pero que no proyecta su conducta voluntaria a la producción de un daño.

[64] Cuello Callón, Eugenio, *Op. cit*., p. 325.
[65] Castellanos, Fernando, *Op. cit.*, p. 246.

a) Elementos de la culpa: I) Actuar voluntario: elemento necesario para la existencia del delito, ya sea una conducta humana positiva o negativa; II) Que la conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; III) Los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; y IV) Relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

b) Tipos de culpa: I) Consciente (con previsión o con representación): el agente prevé el posible resultado penalmente tipificado, pero no lo quiere; abriga la esperanza de que no se producirá. Como el dolo eventual, hay voluntad de efectuar la conducta y existe representación del resultado típico, pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante ese probable resultado, en la culpa consciente se espera que no se produzca; y II) Inconsciente (sin previsión o sin representación): el agente no prevé la posibilidad de que emerja el resultado típico, a pesar de ser previsible. No prevé lo que debió haber previsto. Según la mayor o menor facilidad de prever, se le clasifica en lata, leve y levísima.

Además, de los conceptos anteriormente tratados dentro de las infracciones fiscales se invocan conceptos como *el error,* que se puede definir como la idea o concepción equivoca que se tiene de los alcances jurídicos de una disposición normativa. A manera de comentario, sabemos que es frecuente que el contribuyente incurra en error legal debido a las reformas anuales de las disposiciones fiscales y sobre todo la falta de cultura fiscal sobre el lenguaje técnico y la aplicación de las normas fiscales; el *caso fortuito,* , que supone un acontecimiento por el hombre, si bien el resultado fue imprevisible que habiéndolo sido fue imposible evitar; y la fuerza mayor, que se refiere a acontecimientos que dependen de la naturaleza. De cualquier modo, en estos casos se está ante la imposibilidad material, que es aplicable tanto a los delito como a las contravenciones.

·*La tentativa fiscal.*

Se puede definir a la tentativa como la ejecución incompleta de actos encaminados, directa e inmediatamente, a cometer un delito que no

se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.[66]

Respecto de la tentativa, Carlos Fontán Balestra expresa que: "tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor[67] ".

Como sabemos el delito es una obra humana y por ello debe seguir un proceso más o menos extenso. El hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar a la consumación y total agotamiento del delito. A este proceso se lo llama *iter criminis.*

Como ya conocemos las ideas no son punibles por el principio *cogitationis poenam nemo patitur.* Por lo tanto no entran dentro del concepto de tentativa.

Con la consumación del delito termina toda posibilidad de tentativa ya que en está la conducta del individuo encuadra perfectamente en el tipo, en cambio la tentativa lo que hace es ampliar el tipo para poder llegar a la punición de conductas que no llegan a consumarse.

Podemos considerar como elementos de la tentativa en el derecho fiscal, con algunas ligeras variantes por los autores, el *aspecto moral o subjetivo*, que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; el *elemento material u objetivo*, que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva y el resultado no verificado o no obtenido por causas ajenas a la voluntad del sujeto agente.

Los elementos de la tentativa han quedado señalados en la siguiente tesis jurisprudencial: *"la tentativa se integra con dos elementos: el subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer el delito; y, el objetivo, relativo a la realización total de actos encaminados directa e inmediatamente a su ejecución, y un resultado, no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.*[68] *"*

·La tentativa punible en materia fiscal:

Lo es cuando la resolución de cometer un hecho delictivo se

[66] De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 22º ed., 1996, p. 470.
[67] Fontán Ballestra, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, Abeledo Perrot, España, 1966, Tomo II, p. 354.
[68] Tesis VI.1o.103P, Tentativa. Los elementos que la integran, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XV, Enero de 1995, p. 315.

traduce en un principio de su ejecución o en la realización total de los actos que debieran producirlo, si la interrupción de éstos o la no producción del resultado se deben a causas ajenas a la voluntad del agente.

Como puede observarse, a diferencia del artículo 12 del código penal federal, el artículo 98 del código fiscal de la federación, no incluye los delitos de omisión. Literalmente, el artículo 12 del código penal federal, establece que existe *tentativa punible* cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Francisco González de la Vega[69] opina que afortunadamente el código penal federal actual ya no incide en la casuista, en el que se distinguía el *conato,* como la ejecución de uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye; el *intentado*, en que se llega hasta el último acto en que deba realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque son evidentemente o inadecuados los medios que se emplean; y el *frustrado* que se llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diferentes del interesado.

La siguiente tesis jurisprudencial conceptúa lo que es la tentativa punible, la cual se cita para efectos de su estudio: *"la tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no deben considerarse como constitutivos de tentativa.*[70] *"*

Podemos concluir sobre la tentativa que el delito doloso (como lo son todos los fiscales), tiene un desarrollo que se conoce como el *iter*

---

69 González de la Vega, Francisco, *El Código Penal Comentado*, Porrúa, México, 2º ed., 1994, p. 25.
70 Tesis 349, Tentativa Inexistente, Apéndice de 1995, Sexta Época, t. II, p. 193.

criminis, el cual comprende dos fases: I) la interna y, II) la externa; que la doctrina divide a la tentativa en *acabada* e *inacabada*; que los delito fiscales, siempre son de naturaleza dolosa, por lo que en los delitos fiscales es posible la tentativa acabada como la inacabada, cuya sanción está contemplada por el código penal federal en sus artículos 63 y 51 segundo párrafo, este último numeral sin aplicación en materia de delitos fiscales, por no estar referida expresamente en el caso de los delitos fiscales y por no ser aplicable tampoco él en cualesquiera otros en que este código (penal) disponga; que el hasta que contiene el artículo 98 del código fiscal de la federación si tiene significado gramatical de límite superior; y que no resulta aplicable a la tentativa de los delito fiscales calificados como graves, los dispuesto en el tercer párrafo del artículo 63 del código penal federal, por cuanto señala que en los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

La inaplicación de este último de los preceptos citados deriva de que, para los delitos fiscales, la única regla aplicable es la prevista en el artículo 98 del código fiscal de la federación, porque es la regla especial que esta sobre la general del código penal federal.

La punibilidad es un concepto normativo que varios autores entienden como la capacidad para obtener una pena por un delito cometido.

A este propósito se discute si la tentativa debe de ser castigada igual que el delito consumado. En este sentido se piensa que si la punibilidad es amenaza de privación de bienes del autor, con la finalidad de prevenir delito, y si la tentativa, como el delito consumado, también ataca bienes jurídicos penalmente tutelados, entonces la tentativa es igualmente punible.

Para Fernando Castellanos la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Castellanos continua diciendo que "un comportamiento es

punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción[71] ".

En otros términos, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del *ius puniendi*).

Igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, *a posteriori*, las penas conducentes.

En resumen, punibilidad es: i) Merecimiento de penas; ii) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y iii) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Porte Pettit,[72] señala que la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo, teoría esta que se ajusta a nuestra codificación, a la cual nosotros nos adherimos, situación que se encuentra determinada en el artículo 7º del código penal federal, del cual se desprende que dicho ordenamiento exige la pena legal, no solo aludida como garantía, pues *nulla poena sine lege,* ya que nuestra Constitución en su artículo 14, hace mención a lo que se considera como garantía penal.

Por el análisis sobre los delito fiscales descritos dentro del código fiscal de la federación, podemos comentar que la punibilidad, dentro del contexto de característica de los delito, se encuentra en cada uno de ellos con el señalamiento de la pena que se impondrá a los agentes que cometan el delito penal tipificado en dicho ordenamiento.

I.El Delincuente Y El Ofendido En Materia Fiscal

Siendo el delito un conducta humana, solo puede ser cometido por una persona individualmente distinguida, ya sea una sola persona o en

[71] Castellanos, Fernando, *Op. cit.*, p. 246.
[72] Porte Pettit Candaup, Celestino, *Op. cit.*, p. 59.

comunión con más personas. Es necesario distinguir quién es el que comete el delito y quien es el que sufre el agravio perpetrado en su contra.

Se dice cuando el derecho penal gira en torno a la ley, el delito, el delincuente y la pena, no se puede pasar por alto al protagonista del crimen, es decir el *delincuente*, el sujeto activo del delito.

En la ejecución de conductas delictuosas, interviene un sujeto físico, quien mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificados, da lugar a la relación jurídica material de derecho penal.

Ello no implica necesariamente que, dada la primera hipótesis deba ser considerado sujeto activo del delito, porque ése calificativo le corresponderá cuando se dicte la resolución judicial que así lo considere.

Solamente el hombre puede ser sujeto del delito, solo el hombre puede ser denominado delincuente. Esto no siempre fue así, hace ya siglos se exigía responsabilidad criminal a los animales, y aun a los seres inanimados, siendo estas antiguas aberraciones que solo merecen un mero recordatorio en función de la curiosidad jurídica.

Con la creación de la *declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, y muchos otros factores más, fueron las bases de sustentación para que el hombre pasara a ser, sujeto de derechos y obligaciones.

Para Guillermo Colín Sánchez, el ofendido es "la persona física que resiente, directamente, al lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el derecho penal[73] ".

La víctima. Este es un calificativo que es de dos tipos: i) Directa, al ser la persona física que resiente el detrimento jurídico, en aquellos aspectos tutelados en el derecho penal; e ii) Indirecta, aquella que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica, y la victima directa es afectada por el hecho ilícito.

El *sujeto pasivo*, es la persona física o moral sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente, también se le denomina víctima u ofendido, cualquier persona puede ser sujeto pasivo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias, puede ser sujeto pasivo,

[73] Colin Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, 18º ed.,

la persona individual incluso antes de su nacimiento, las personas jurídicas o morales, el estado, los animales no pueden ser sujetos pasivos del delito.

Sujeto pasivo de la conducta, persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación en sentido estricto la recibe el titular del bien jurídicamente tutelado, siendo el titular del bien jurídicamente tutelado que resulta afectado, pudiendo ser sujetos pasivos del delito: el hombre individual, las personas colectivas, el Estado y la colectividad social

Para Cuello Callón, el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.

De lo aquí expuesto, el ofendido tendría, en términos generales, durante el procedimiento penal, las facultades de ser portador de la *notitia criminis* y presentar querellas; de aportar ante el agente del ministerio público los elementos de prueba que estén a su alcance; y de deducir derechos contra terceros, en lo concerniente a la reparación del daño.

El sujeto activo es la persona física que comete o realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal (el delito); se llama también, ofensor, delincuente, agente o criminal. El sujeto activo será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad nacionalidad y otras características que realice la conducta típica, la cual puede ser única o plural.[74]

Nuestro código penal federal en sus artículos 3, 5, 10, 13, 14, 21, 34, 36, 40, 47, 51, 85, 90, 91, 107, 110, 172, 203, 204, 251, 253, 274, 316, 317, 330, 335, 376, 381 y 400 hacen mención del vocablo delincuente, para definir, en sus varios aspectos, al autor de uno o varios delito.

El artículo 95 del código fiscal de la federación acorde, en sus varias fracciones, define al delincuente fiscal como aquel que es responsable de cometer alguno de los delitos fiscales tipificados en el citado código tributario.

[74] Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho penal*, Harla, México, 1993, p. 315.

De lo anteriormente señalado podemos concluir que el delincuente fiscal o sujeto activo dentro del derecho punitivo fiscal, es toda aquella persona física que comete o realiza el comportamiento descrito dentro del código fiscal de la federación consignado como delito fiscal y que encuadra su actuar de acuerdo al artículo 95 del mismo código tributario, que en sus siete apartados contempla una universalidad de infractores y que sin embargo encierra una cierta oscuridad legal, ya que no es objetivo, ni certero, atendiendo a los principios de que las leyes deberán dar la certeza y seguridad jurídica al gobernado, no al contrario como se estableció por el legislador en este artículo, el cual nos da una certera defensa legal.

El *sujeto pasivo del delito fiscal u ofendido*, es aquel sobre el que recae la acción en la ejecución de los delitos, que para algunos los penalistas, el ofendido es la sociedad que sufre la conmoción que la altera con la conducta ilícita del delincuente.

Para Guillermo Colín Sánchez, el ofendido es "la persona física que resiente, directamente, al lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el derecho penal[75] ".

La víctima. Este es un calificativo que es de dos tipos: i) Directa, al ser la persona física que resiente el detrimento jurídico, en aquellos aspectos tutelados en el derecho penal; e ii) Indirecta, aquella que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica, y la victima directa es afectada por el hecho ilícito.

El sujeto pasivo, es la persona física o moral sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente, también se le denomina víctima u ofendido, cualquier persona puede ser sujeto pasivo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias, puede ser sujeto pasivo, la persona individual incluso antes de su nacimiento, las personas jurídicas o morales, el estado, los animales no pueden ser sujetos pasivos del delito.

Sujeto pasivo de la conducta, persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación en sentido

[75] Colin Sánchez, Guillermo, *Op. cit.*, p. 257.

estricto la recibe el titular del bien jurídicamente tutelado, siendo el titular del bien jurídicamente tutelado que resulta afectado, pudiendo ser sujetos pasivos del delito: el hombre individual, las personas colectivas, el Estado y la colectividad social

Para Cuello Callón, el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.[76]

De lo aquí expuesto, el ofendido tendría, en términos generales, durante el procedimiento penal, las facultades de ser portador de la notitia criminis y presentar querellas; de aportar ante el agente del ministerio público los elementos de prueba que estén a su alcance; y de deducir derechos contra terceros, en lo concerniente a la reparación del daño.

De lo anterior podemos concluir que el ofendido en materia de delitos fiscales, vendría siendo toda aquella persona física que sufra la conducta ilícita del delincuente, cuya conducta se encuentre tipificada como delito en el código fiscal de la federación.

I.El Objeto Del Delito

En cuanto al objeto del delito, deben distinguirse[77] *el objeto material y el objeto jurídico*, siendo el primero de ellos la persona o cosa sobre las que recae el delito, en algunos de esto casos el objeto material del delito puede confundirse con el sujeto pasivo del mismo; también pueden ser objetos materiales del delito los animales y los objetos inanimados, siendo conveniente precisar que hay delitos que carecen de objeto material.[78] El objeto jurídico es el bien jurídico que el hecho punible lesiona o ponen peligro, el bien protegido por el precepto penal.[79]

En materia fiscal, podemos hacer referencia que durante la comisión de un delito fiscal perpetrado por el particular o contribuyente el objeto material siempre será el Estado, a contrario sensu en el delito fiscal perpetrado por un servidor público a servicio del estado, el objeto material de dicho ilícito podrán ser el contribuyente que sufra el perjuicio del actuar de ese servidor público, así como los objetos inanimados o los animales en materia de derecho aduanero.

---

[77] *Ibidem*., p. 292
[78] *Diccionario Jurídico 2000,* (CD-ROM), Desarrollo Jurídico, 2000.
[79] *Diccionario Jurídico 2000,* (CD-ROM), Desarrollo Jurídico, 2000.

Por su parte en la materia tributaria el objeto jurídico que se verá vulnerado por el actuar del Estado en contra del contribuyente a través de sus servidores públicos serán sus garantías de seguridad y legalidad jurídicas, en viceversa el objeto jurídico tutelado del estado es el derecho que tiene ese mismo de percibir las contribuciones a las que están obligados por ley los contribuyentes a enterar al fisco, así como las demás obligaciones tributarias que deban de cumplir.

I.La Querella Fiscal

Del latín *querella*, que significa acusación ante juez o tribunal competente, con que se ejercitan en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito.[80] Sin embargo, en nuestros ordenamientos penales y fiscales no existe una definición de querella, pero existe una percepción en común en la práctica legal, de que consiste en la manifestación expresa o tacita del ofendido, a raíz de determinados hechos, en los casos expresamente previstos por la ley, para que la autoridad los investigue y se proceda en contra de las personas a quienes sean atribuibles.

Rafael de Pina, define a la querella como "el acto procesal de parte mediante e cual se ejerce acción penal [81]".

La doctrina ha señalado que la querella es una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el ministerio público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal,[82] o bien, que la querella es como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito formulada ante el ministerio público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga.[83]

Entonces, podemos entender que la querella es un acto por el cual solamente el ofendido hace del conocimiento del ministerio publico una

[80] *Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.*, p. 2647.
[81] De Pina, Rafael, *Op. cit.*, p. 427.
[82] Osorio y Nieto, Cesar, *La Averiguación Previa*, Porrúa, México, 3º ed., 1985, p. 7.
[83] Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Porrúa, México, 9º ed., 1978, p. 120.

relación de hechos que son delictivos y que no son perseguibles de oficio, y que tienen como fin que este órgano administrativo integre la averiguación previa y ejercite la acción penal correspondiente.

A su vez, el poder judicial federal se ha pronunciado con respecto a los requisitos de la querella necesaria en las siguientes tesis jurisprudenciales: *"para los efectos procesales, basta la simple manifestación de voluntad de la persona ofendida por el delito, de que se persiga al responsable, aun cuando aquél emplee términos equívocos, para que tenga por satisfecho el requisito de querella necesaria.*[84]*";* asimismo el poder judicial federal manifiesta que *"cuando la ley exige la querella para la persecución de un delito, basta, para que aquélla exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en que hace consistir el delito.*[85]*"*

La querella encuentra su justificación en el derecho constitucional mexicano, al amparo el artículo 16 segundo párrafo de la carta magna, dicho precepto postrado como garantía de legalidad y seguridad jurídica obliga a su debida observancia e integro respeto.

Por su parte el artículo 113 fracción I del código federal de procedimientos penales impide el inicio de la averiguación previa sin la existencia de querella necesaria

Así es que una vez presentada la querella se actualizaran las facultades que la ley orgánica de la Procuraduría General de la Republica reconoce en su artículo 8º, con el carácter de atribución exclusiva del Ministerio Público Federal.

Dentro de la materia fiscal, la querella es exigida a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para el ejercicio de la acción penal por delito fiscales, de acuerdo con el artículo 92 fracción I del código fiscal de la federación, en relación a los diversos 105, 108, 109, 110, 111, 112 y 114 del citado cuerpo normativo.

En México la *naturaleza de la querella,*[86] donde priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querella es siempre *requisito de procedibilidad* que se resume en una manifestación de conocimiento

[84] Querella Necesaria, Concepto de., Apéndice de 1995 Octava Época, t. IX, Abril de 1992, p. 606.
[85] Tesis 277, Querella Necesaria, Apéndice de 1995, Quinta Época, t. II, p. 155.
[86] García Ramírez, Sergio, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1991, pp. 52 - 53.

sobre hechos delictuoso y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal.

De lo anterior se desprende que la querella es una relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto o propósito de que se persiga al autor del delito.

Es menester mencionar que algunos teórico del derecho penal estiman que la querella es un condición objetiva de punibilidad, y no un mero presupuesto procesal, ya que con ella no se promueve la acción penal, por ser ésta una condición de derecho sustantivo para la punibilidad; el evento delictuoso se hace punible y constituye por consiguiente delito solo cuando sea querellado.[87]

Autores como Manzini, Riccio y Maggiore incluyen a la querella dentro del derecho penal sustancial o material. El estado se ve limitado a su poder de sancionar, al quedar en manos del sujeto pasivo del delito la posibilidad de poner en movimiento la acción penal.[88]

La presentación de la querella en los delito descritos en el código fiscal de la federación y en las demás leyes fiscales es una parte necesaria para cumplir con la garantía de legalidad y, por ende, no pueden prescindirse esos presupuestos legalmente indispensables para el inicio del ejercicio de la acción penal, ya que entonces se estaría violando flagrantemente la Constitución, que se funda en que, invariablemente debe ejercitarse la acción penal siempre que se encuentren satisfechas las condiciones mínimas o presupuestos generales y cualesquiera que sea la persona contra quien se intente. El órgano de acusación se encuentra subordinado a la ley misma. Tiene el deber de ejercitar la acción, tan luego como las condiciones legales se encuentren satisfechas; el ejercicio de la acción penal es obligatorio.[89]

El artículo 118 del código federal de procedimientos penales especifica los requisitos que debe contener una querella.

---

[87] González Bustamante, Juan José, *Principios del Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 8º ed., 1985, p. 130.
[88] Barrita López, Fernando, *Averiguación Previa*, Porrúa, México, 2º ed., 1993, p. 36.
[89] González Bustamante, Juan José, *Op. cit.*, p. 46.

I.La Denuncia Fiscal

En aras de entender el concepto de denuncia, podemos iniciar nuestra conceptualización, a través del estudio del capítulo que se refiere a los delitos fiscales en su artículo 92 del código fiscal de la federación contiene la siguiente disposición: "...en los demás casos no previstos en las fracciones anteriores bastara la denuncia de los hechos ante el Ministerio Público federal."

Asimismo, por denuncia se puede entender el actuar, oral o por escrito, por el cual cualquier persona declara el conocimiento que tiene de un hecho que reviste caracteres delictivos ente el juez, el ministerio público o la policía.[90]

Para Rafael de Pina denuncia "es el acto mediante el cual se pone en conocimiento de la autoridad la comisión de algún delito o infracción legal[91] ".

También se puede entender a la denuncia como "la comunicación que hace cualquier persona al ministerio público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio[92] ".

Por lo que respecta a la denuncia se pueden citar las siguientes tesis jurisprudenciales: *"por denuncia en materia penal debe entenderse la noticia que tiene el ministerio público de la existencia de un hecho delictuoso, motivo por el que en tratándose de un delito perseguible de oficio es suficiente que el acusador público tenga esa noticia, para que esté en aptitud de ejercitar la correspondiente acción penal.*[93]*.";* asimismo, *"conforme al artículo 113 del código federal de procedimientos penales, la policía judicial y el ministerio público están facultados para proceder a la investigación de los delito que se persiguen de oficio, aunque no exista denuncia o acusación, toda vez que dicho artículo sólo requiere que se tenga noticia de ese tipo de delito*

---

90 *Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit.*, p. 297.

91 De Pina, Rafael, *Op. cit.,* p. 223.

92 Osorio y Nieto, Cesar, *Op. cit*., p. 7.

93 Tesis VII.P. J/21, Denuncia en Materia Penal. Su Connotación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, febrero de 1997, p. 620.

por lo que resulta legal iniciar una investigación sin denuncia previa, así como ejercitar la acción penal correspondiente.[94]"

Los requisitos de la denuncia se encuentran comprendidos dentro de los artículos 118 y 119 del código federal de procedimientos penales.

I.Diferencias Entre La Denuncia Y La Querella.

Las diferencias entre la denuncia y la querella surgen de los propios ordenamientos legales que las regulan, la *denuncia* puede ser interpuesta por cualquier persona a quien por cualquier medio llegare a tener conocimiento de la perpetración de un delito, solo se emplea en los delitos que se persiguen de oficio, es obligatoria, no cabe el perdón del ofendido, es una mera narración de los hechos y el denunciante no está obligado a probar su denuncia, ni interviene en el procedimiento.

Por su parte la *querella* solo puede ser interpuesta por el ofendido, o en determinados casos por quien este legitimado legalmente para ello, únicamente procede en los casos en que la ley lo permite, es voluntaria, si cabe el perdón del ofendido, el querellante tiene que probar su acusación y tiene derecho a intervenir en el proceso y asume características de verdadera demanda.

I.A manera de corolario y conclusión

Con relación al derecho penal fiscal, derecho punitivo fiscal y demás denominaciones que se han utilizado desde algunos años en nuestro derecho positivo mexicano, puedo concluir afirmando, que el derecho penal común, es la rama del derecho público interno que se encarga de regular los procedimientos y penas a que se hacen acreedores los sujetos que comenten un delito tipificado y penalizado por la ley y que guarda relación con el derecho penal fiscal, toda vez que ambos tienen un mismo fin, siendo éste el de sancionar todo acto, hecho u omisión contrario a la ley correspondiente.

---

[94] Denuncia o Querella, No son necesarias tratándose de Delito que se persiguen de Oficio, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. I, enero a junio de 1988, p. 250.

De lo anterior, podemos concluir que los conceptos doctrinarios, definiciones y teoría del derecho penal común son únicos y son de aplicación supletoria dentro del derecho penal fiscal para la persecución de los delito fiscales, admitiendo que existe una autonomía didáctica del derecho penal fiscal, y aunque la adecuación de las figuras delictivas en materia tributaria tienen su propia dogmática, regido por los principios generales de derecho penal general, la importancia de las mismas generan figuras y procedimientos con características propias y esenciales.

Finalmente, concluyo lo referente al derecho penal fiscal con la pretensión de dar una definición objetiva del mismo, siendo éste el conjunto de normas jurídicas que tipifican las hipótesis que tienen el carácter de delito y que establecen las sanciones que deben imponerse a aquellas personas que no cumplan con los mandatos de las normas jurídicas tributarias.

Respecto al delito fiscal, nuestra legislación positiva, en particular el código penal federal en su artículo 7º define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, siendo el acto u omisión las únicas dos formas de manifestación de la conducta humana que pueden constituir un delito y toda vez que el código fiscal de la federación es omiso en proveernos con un concepto de delito fiscal y únicamente se ocupa de tipificarlo, supletoriamente, en uso de la tesis de referencia y en congruencia con el artículo 5º del citado código tributario defino al delito fiscal como todo acto u omisión que sancionan las leyes fiscales, siendo éste diferente en su totalidad de la infracción fiscal, tal y como se señalo en ulteriores capítulos.

Aunado a lo anterior, podemos concluir que para poder comprender y conceptualizar al delito fiscal, no solo basta entender el origen de dicha voz y sus varias acepciones doctrinaras, sino además recurriendo a la doctrina que hemos venidos citando en el contenido de la presente investigación, el delito fiscal se encuentra integrado por la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad

y la punibilidad, elemento, todos ellos, que integran y permiten sancionar la comisión de un delito fiscal, concluyendo de estos elementos los siguiente:

·*Conducta.* Como antes lo hemos mencionada es el acto u omisión del ser humano que constituye un delito fiscal.

·*Típica.* Siendo éste como el encuadramiento perfecto entre la conducta humana y el tipo establecido por la norma jurídica, en el caso en particular por el código fiscal de la federación, es decir la conducta debe estar en forma por demás precisa y exacta apegada a lo que señala, en este caso, el citado código tributario federal.

·*Antijurídica.* Que la conducta sea contraria a lo que el derecho expresamente prohíbe u ordena; en materia fiscal, el delito fiscal es lo contrario al derecho objetivo y la antijuricidad constituye la lesión del ordenamiento, y con base en las valoraciones de las obligaciones establecidas en las leyes tributarias y demás normas administrativas se crea lo antijurídico.

·*Imputable.* Siendo la capacidad de entender y querer derivando en la responsabilidad, siendo en el caso en estudio la responsabilidad en la que incurre el servidor público al violar los ordenamientos jurídicos fiscales, por lo que la responsabilidad fiscal deriva de un hecho ilícito violando la norma.

·*Culpable.* Es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, siendo que la culpa en delito fiscales únicamente se prevé por el dolo.

·*Punible.* Siendo la pena impuesta a la persona que cometa el delito tipificado en el ordenamiento jurídico correspondiente.

Respecto al *delincuente* y al *ofendido* en materia penal fiscal, señalamos a manera de conclusión y en uso de los principios generales del derecho penal, afirmamos que el sujeto activo o delincuente en el derecho punitivo fiscal, es todo aquella persona física que concierte, realice, cometa conjuntamente, induzca, ayude o auxilie en el comportamiento descrito en el código fiscal de la federación consignado

como delito fiscal. Asimismo el sujeto pasivo, victima u ofendido en materia penal fiscal viene a ser aquella persona física o jurídica que sufra en su persona, patrimonio o derechos la conducta tipificada como ilícita y cometida por un individuo conocido como delincuente.

Al hacer el señalamiento al proceso penal fiscal, podemos afirmar que dado nuestro régimen constitucional de competencia o de fueros, existe la materia penal federal y local, así como los delitos federales y los locales. Los delitos previstos en el código fiscal de la federación son delito del orden federal, toda vez que el artículo 50 fracción I de la ley orgánica del poder judicial de la federación determina que los delito previstos en las leyes federales son del orden federal.

De lo anterior, las figuras delictivas previstas en el citado código tributario serán del conocimiento y de la competencia de la procuraduría general de la república, de los juzgados de distrito que conozcan de procedimientos penales y los tribunales unitarios de circuito, por lo que el procedimiento penal fiscal deberá llevarse a cabo de conformidad con el código federal de procedimientos penales.

Respecto a la querella fiscal, me permito a manera de conclusión referirme a su importancia: El artículo 92 del código fiscal de la federación, condiciona que para proceder penalmente por los delito fiscales, será necesario que previamente la secretaría de hacienda y crédito público formule querella o la denuncia de los hechos ante el ministerio público federal, declare el perjuicio sufrido y formule la declaratoria de contrabando, y en los demás casos no previstos en las fracciones del citado artículo bastará la denuncia de los hechos ante el ministerio público federal.

Es así que la denuncia y la querella ostentan carácter imperativo, su existencia resulta indispensable para el inicio del procedimiento penal, pues de otra manera no podría desenvolverse la actividad del ministerio público federal como órgano exclusivo para la investigación y persecución de los delitos.

Tanto la denuncia como la querella encuentran su justificación en el derecho constitucional mexicano, al amparo del artículo 16 de la carta

magna, dicho precepto postrado como garantía de legalidad y seguridad jurídica obliga a su debida observancia e integro respeto. Por su parte el artículo 113 del código federal de procedimientos penales impide el inicio de la averiguación previa sin la existencia de la querella necesaria, entendida esta para los efectos procesales, como la simple manifestación de voluntad de la persona ofendida por el delito, de que se persiga al responsable, aun cuando aquél emplee términos equívocos, para que tenga por satisfecho el citado requisito procesal.

I.BIBLIOGRAFÍA

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, Derecho Penal, 1ª ed., México, Editorial Harla, 1993. pp. 568.

ANDREOZZI, Manuel, Derecho Tributario Argentino, 1ª ed., Argentina, Editorial Tipográfica Editora, 1951. pp. 364

ARILLA BAS, Fernando, El Procedimiento Penal en México, 13ª ed., México, Editorial Kratos, 1991. pp. 480.

BARRITA LÓPEZ, FERNANDO, Averiguación Previa, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1993. pp. 156.

BIELSA, RAFAEL, Estudios de Derecho Público, 1ª ed., Argentina, Editorial Depalma, t. II, 1951. pp. 221.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, 7ª ed., México, Editorial Antigua Librería Robredo, 1965. pp. 978.

CASTELLANOS, FERNANDO, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 1980. pp. 340.

CEPEDA LÓPEZHERMOSA, RODOLFO, El Derecho Penal Fiscal en Derecho Penal Contemporáneo, Revista del Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNAM, No. 11, diciembre de 1965, México, p. 95.

COLIN SÁNCHEZ, GUILLERMO, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª ed., México, Editorial Porrúa, 1999. pp. 296.

CUELLO CALLÓN, EUGENIO, Derecho Penal, 8ª ed., México, Editorial Nacional, t. I, 1947. pp. 361.

DE PINA, RAFAEL, Diccionario de Derecho, 22ª ed., México, Editorial Porrúa, 1996. pp. 525.

FONTÁN BALLESTRA, CARLOS, Tratado de Derecho Penal, 1ª ed., España, Editorial Abeledo Perrot, t. III, 1966. pp. 550.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO,
Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 1991. pp. 1276.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, Principios del Derecho Procesal Penal, 8ª ed., México, Editorial Porrúa, 1985. pp. 419.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, El Código Penal Comentado, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1994. pp. 529.

GONZÁLEZ FLORES GOMEZ, FERNANDO, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, 32ª ed., México, Editorial Porrúa, 1993. pp. 349.

JARACH, DINO, Curso Superior de Derecho Tributario, 1ª ed., Argentina, Editorial Liceo Profesional Cima, t. I, 1976. pp. 502.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, La Ley y el Delito, 1ª ed., Argentina, Editorial Sudamericana, 1980. pp. 578.

LOMELÍ CEREZO, MARGARITA, Derecho Fiscal Represivo, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1998. pp. 251.

EL PODER SANCIONADOR, 1ª ed., México, Editorial Continental, 1961. pp. 293.

MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal, 1ª ed., Colombia, Editorial Themis, 1985. Vol. I. pp. 2809 5v.

MARGAIN MANAUTOU, Emilio, Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano, 6ª ed., México, Editorial Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1981. pp. 333.

RIVERA SILVA, MANUEL, El Procedimiento Penal, 9ª ed., México, Editorial Porrúa, 1978. pp. 393.

RODRÍGUEZ MEJÍA, GREGORIO, "Evasión Fiscal", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Año XXXIV, núm. 100, enero-abril de 2001

SÁINZ DE BUJANDA, FERNANDO, Hacienda y Derecho, 1ª ed., España, Editorial Instituto de Estudios Políticos, 1955. pp. 505.

SOLER, SEBASTIÁN, Derecho Penal Argentino, 3ª ed., Argentina, Editorial Edición tipográfica, t. III, 1970. pp. 426.

TORRES BLANCO, MARIO ALBERTO, Teoría y Práctica de los Delitos Fiscales, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2001. pp. 286

VENTURA SILVA, SABINO, Derecho Romano, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997. pp. 486.

VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1975. pp. 354.

VON LISZT, FRANZ, La Idea del Fin en el Derecho Penal, 1ª ed., México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad de Valparaíso en Chile, 1994. pp. 96.

TRATADO DE LISBOA DE LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN, REFORMAS Y APORTES CIENTÍFICOS

NATHALIE DESPLAS PUEL[1]
MARÍA TERESA ÁVILA FUENTES[2]

SUMARIO: I.- PLANTEAMIENTO. II.- METODOLOGÍA. III.- HISTORIA DEL TRATADO CONSTITUCIONAL. IV.- CONTENIDO DEL TRATADO CONSTITUCIONAL. V.- APORTACIONES DEL TRATADO CONSTITUCIONAL VI.- PERSPECTIVAS VII.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. VIII.- BIBLIOGRAFÍA

I.- Planteamiento

La idea europea de una "*constitución*" no conlleva el concepto de una constitución jurídica como tal sino un "*tratado*" legal en el que esté constituida la UE. Se advierte ahí la aparición de un nuevo paradigma de constitucionalismo transnacional. Su elaboración, si bien no es novedosa, polemiza tanto a los ciudadanos que es necesario profundizar los puntos polémicos. El tratado consiste en un preámbulo, cuatro partes (448 artículos) y 36 protocolos y se revocarían con él los tratados anteriores. La primera parte define los valores, objetivos e instituciones

[1] Economista, mención Economía de la Empresa (1980), Universidad de Ciencias Sociales de Toulouse, Francia. Maestría en Ciencias Económicas, Especialista en Economía de la Empresa (1982), universidad de la Sorbonne, Paris, Francia. Profesora de "Escenario Regional de Europa", "Microeconomía", "macroeconomía", "Economía Política Internacional", "Perspectiva de la Agenda Mundial Contemporánea" (1991-2010), Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus Chihuahua. Doctorando en Ciencias Económicas sobre "Estrategias para el desarrollo regional de la Sierra de Chihuahua basado en turismo europeo" (2006-2010). Investigadora en Temas Europeos (2003-2010). Vice-presidente de ONG de Cooperación Internacional (2008-2010).

[2] Licenciada en Relaciones Internacionales (2009), Tecnológico de Monterrey Campus Chihuahua; Asistente de Dirección en la Escuela de Negocios y Humanidades del Tecnológico de Monterrey, Catedrática de "Negocios, Diplomacia y Derecho Internacional" en la Preparatoria del Tecnológico de Monterrey. Asistente de Investigación en Temas Europeos.

de la UE; la segunda retoma la carta de los derechos fundamentales adoptada en el 2000; la tercera se consagra a la política y al funcionamiento de la UE mientras la cuarta se dedica a los procedimientos de revisión. El conjunto de estos apartados constituye un esfuerzo por cubrir todos los requerimientos de los ciudadanos de la UE y por darle respuesta a sus necesidades. No se incluyen elementos que intervengan con las competencias del Estado, pero se busca atender aquellos puntos donde un refuerzo supranacional resultaba necesario. ¿Bastará la ratificación de este tratado para darle a Europa el impulso necesario para salir de la crisis global actual?

II.- Metodología

El presente artículo se realizó mediante una extensiva revisión bibliográfica reiterativa en función de los cambios permanentes y acontecimientos recientes. Las preguntas de investigación: ¿Qué reformas propone el Tratado de Lisboa sobre el Tratado Europeo anterior?, ¿Cómo se adaptará la idea de soberanía e integración dentro de esta nueva realidad Europea?, llevarán al referenciar a la Europa Política dentro del marco comunitario para desplegar sus bondades y lagunas y analizar el posible impacto del tratado estudiado. Se establecen entonces los parámetros bajo los cuales continuarán siendo respondidas estas preguntas conforme la historia europea avance en una discusión tanto actual como determinada.

III.- Antecedentes Y Realidad De La Europa Política Y Del Tratado Constitucional

A.La Europa Política

Se comprende por el término de Europa Política varias acepciones: 1.- las Instituciones no gubernamentales y las políticas comunes que de ellas derivan; 2.- los partidos o familias de partidos europeos que buscan dirigir la UE hacia objetivos propios con directrices

partidistas y 3.- la representatividad que tiene la UE hacia el exterior gracias a los acuerdos tomados por los Estados Miembros respecto a las políticas de ejes primordiales; reside en el contexto comunitario de la política europea. Estás tres visiones de la Europa Política permiten visualizar la gran necesidad de reforzamiento de esta dimensión, desproporcionalmente pequeña si se le compara a la dimensión económica de la UE. No obstante, el contra-poder que representa la UE frente a EEUU o a los países Asiáticos podría ser mayor con el diseño de una visión política a la altura de la económica.

Europa le puso énfasis a la integración económica: un mercado interior común sin frontera con libre circulación de bienes y servicios, de capitales, de hombres en Maastricht 1992, luego una sola moneda y su banco central que son parte de la ahora unión económica. La parte normativa tuvo que ponerse a la altura permitiendo la eficiencia de estos movimientos de libre circulación. El grado de integración económica de los 27 países miembros es un ejemplo a nivel internacional no igualado todavía por ningún bloque económico integrado.

Pareciera además, que los avances más relevantes, aun en este dominio, se han hecho bajo presión urgente. Esta última se ve reflejada por las recesiones económicas sufridas a lo largo de las décadas o por las amenazas terroristas de los 2001, 2004 y 2005. Fueron el catalizador de una integración económica obligada no especialmente deliberada.

No obstante, la dimensión política no ha seguido el ritmo. Existía desigualdad tal vez por falta de presión externa. Al respecto, se denotaron unos intentos en materia de justicia y asuntos internos: Moscovici (2010, p.4) ejemplifica esta dimensión con la política penal y las ordenes de arresto europeos. A pesar de su entrada en vigor en el 2004, sólo ochos miembros los están aplicando. Lo mismo para las coberturas de seguro social a nivel comunitario. Las razones pueden ser de pesados procedimientos y normatividades o por una falta de voluntad de finiquitar temas sociales que parecen ya resueltos para la sociedad en general. De manera paradoxal, los ciudadanos tienen la percepción exagerada según las autoras de un exceso de pesadez y burocracia

de las instituciones europeas, criticadas sobretodo en temporadas de emergencias económicas, terroristas o sanitarias. La UE-27 ya no era tan operacional que la UE12 o la UE-15. Este tipo de actitudes le daba poca prioridad y representaba un freno al crecimiento de la Europa Política.

Los ciudadanos pidieron entonces una revisión de la cantidad de diputados europeos, de comisionados, una reformulación de las integraciones consideradas caras y en demasía, y la elaboración de un tratado constitucional que sea equitativo y motor de desarrollo social especialmente.

B.El Tratado Constituciona

La "*Constitución*" europea ya está en marcha y se aprueba el 10 de febrero de 1994 con una resolución del Parlamento Europeo. Desde entonces, se ha recorrido un largo proceso para lograr un Tratado que cobije por igual a todas las naciones miembros de la UE y le de a ésta una personalidad común hacia el interior y el exterior.

La nunca fácil integración de la UE es visible en el hecho de que todos los ciudadanos que poseen la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión, son ciudadanos de la Unión misma, por lo que tienen los mismos derechos en cualquiera de los Estados y tienen derechos políticos que les permiten votar y ser votados. También tienen derecho a la protección diplomática y consular, así como al derecho de estancia, residencia y circulación en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, a pesar de estas normativas, aún se deseaba establecer una política común para la UE que el Tratado de 1994 no alcanzaba.

La primera oportunidad surge cuando se adhieren diez nuevos Estados a la UE en 2004 y se anexa una declaración al Tratado de Niza (firmado en 2001). Cabe destacar que, el Tratado de Niza además de proponer un intento de reforma institucional, acordó nuevos procedimientos de votación, un aumento en el número de escaños en el Parlamento, y el establecimiento de tribunales subsidiarios al Tribunal de Justicia de la UE.

Es entonces en 2004 cuando se elabora el "*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*" (Tratado Constitucional, Constitución Europea o TCE). El objetivo del TCE es el reemplazar los anteriores tratados (entre los que se encuentran el Tratado de París, Tratado de Roma, Tratado de Bruselas, Acta Única Europea, Tratado de Maastricht, Tratado de Ámsterdam y el propio Tratado de Niza) y proporcionar a la UE de una Constitución como tal. Dicho Tratado debió ser primeramente ratificado por cada Estado miembro. Las ratificaciones siguieron procesos tan distintos como los mismos países de la UE. Cada uno conforme a su legislación y sus tradiciones llevó a cabo el proceso de consulta entre los funcionarios o con los ciudadanos de su país. Algunos como España, Dinamarca e Irlanda celebraron referendos, mientras que la gran mayoría de los Estados lo ratificaron vía parlamentaria.

Esta ratificación del TCE fue una enorme oportunidad fallida porque hubiera dotado la UE de herramientas más eficientes para luchar por ejemplo contra la crisis del 2009-2010.[5] Sin embargo, el conflicto se desató cuando en 2005, los referendos celebrados en Francia y los Países Bajos rechazaron la Constitución Europea. Los motivos de ello como menciona Corredor (2008) fueron:

de Holanda y Francia) manifestaban su desacuerdo con las principales regulaciones del Proyecto, por considerar que se perdería una parte sustancial de la identidad nacional e institucional, para cada país de la Unión, que pudiese conservar ciertos parámetros necesarios e indispensables dentro de un proceso de integración económica, política y social, que se adoptasen dentro de las propias legislaciones nacionales, en materias de un rango restrictivo, que le permita un razonable desarrollo autónomo y soberano a cada país miembro de la Unión", así mismo, continúa afirmando cómo "(…) la competencia en materia fiscal, sería enteramente renunciada por los Estados Miembros, a favor del Consejo de Europa, quien tendría y asumiría de pleno derecho, y con efecto inmediato, la recaudación de los impuestos europeos. En otras palabras, la soberanía legislativa en materia financiera y fiscal, sería

[5] Moscovici, Pierre, Le Traité de Lisbonne suffit-il à relancer l'Europe politique?, *Conferencia en la Escuela Nacional de Administración (ENA)*, Paris, Francia, 28 de enero de 2010 pp. 3-34.

transferida de los Estados a la UE, en cabeza de su Consejo, en claro menoscabo y detrimento, de las competencias asignadas en razón a la materia específica, a las jurisdicciones nacionales. Se diría, a riesgo de parecer exagerado, que los parámetros supranacionales de esta Constitución, constituyen facultades exorbitantes, que le arrebataría a los ciudadanos, el indelegable derecho de elegir y administrar sus propios modos de vida; mientras un organismo institucional de eminente carácter cupular como el Consejo Europeo, definiría el destino de aquellos ciudadanos, bajo el eufemismo, de que le están cediendo competencias a la comunidad de naciones, para el propio beneficio de sus nacionales.[6]"

Este fracaso derivaba de la crisis caracterizada por un euroescepticismo lleno de incertidumbre sobre el contenido europeo. Por estas negativas, un tiempo de reflexión permitió analizar internamente el Tratado y poder llegar posteriormente a un acuerdo.

No fue hasta el 2007, cuando Alemania se hizo cargo de la Presidencia rotatoria de la UE que se dio la "Declaración de Berlín" en la que los estados miembros de la UE se comprometían a tener listo un acuerdo antes del 2009. Es durante el Consejo Europeo cuando nace el ya citado, "Proyecto de Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea". Así mismo, se puso de manifiesto que el Tratado de Reforma se llamaría Tratado de Lisboa.

Si bien es cierto que el tratado fue firmado 13 de diciembre de 2007, y ratificados por casi todos los estados miembros vía parlamentaria, Irlanda fue sin embargo el único Estado que celebró un referéndum además de una votación parlamentaria y no lo aprobó.

Lo harían meses después en octubre del 2009 quedando como único impedimento para que el Tratado de Lisboa pudiera entrar en vigor la ratificación de la República Checa, quien el 3 de noviembre de este mismo año concedió finalmente su firma. Su condición fue que se le excluyera de la aplicación de la Carta Fundamental de Derechos Humanos (a la que tampoco están sujetos Reino Unido y Polonia).

---

[6] Corrido, Omar, El Tratado de Lisboa en la Teoría y en la Práctica o la Historia de un Contrasentido, Portal Digital, Aporrea, Org, 2008. http://www.aporrea.org/internacionales/a60708.html

Polonia e Irlanda exigen por ejemplo se respete el derecho a la vida y tienen para eso el acuerdo de los otros países miembros sobre el tema sensible del aborto para estos estados.

IV.- Contenido Del Tratado

·El objetivo del Tratado de Lisboa es mejorar el funcionamiento de una Unión Europea con 27 países. Dentro de éste, se recalcan algunas tendencias:

·Reforzamiento de los papeles del Parlamento Europeo (en materia legislativa y presupuestal) y de los Parlamentos Nacionales (que cuidarán el respeto del reparto de competencias Unión–Estados).

·Instauración de un derecho de iniciativa ciudadana (sometida por un mínimo de un millón de ciudadanos de varios Estados miembros)

·Creación de un nuevo servicio diplomático dirigido por un Ministro de Asuntos Exteriores que será la voz de la UE, el encargado de las relaciones internacionales, comerciales y de la política de desarrollo.

Ese último paso nos lleva directamente a una verdadera y ambiciosa Unión Política Europea. En efecto, con ese objetivo, se extienden las disposiciones en materia de política exterior, de defensa común, de justicia y seguridad fuera de las fronteras, ahora prioridades de la Unión.

Por primera vez, se instaura una cláusula de defensa y asistencia mutua entre europeos frente tanto a una agresión militar como terrorista, una catástrofe ó un desastre natural. La Constitución confiere también nuevas y más amplias competencias a la Unión en cuanto a energía, deporte, protección civil, espacio, turismo y cooperación administrativa Dentro del marco de optimización de la eficiencia, se reconoce de manera muy particular la necesidad de prestarle una atención muy particular al enfoque económico. Debido a esa prioridad, se reforzará el poder de los Estados miembros de la Zona Euro (los países que usan el euro como moneda) otorgándoles el reconocimiento oficial de "Eurogrupo", lo que representa la aprobación de una buena conducción

monetaria del banco central europeo que seguirá siendo autónomo. Lo que la Constitución cambia en el tema económico es el objetivo prioritario que busca *"una economía social de mercado altamente competitiva, que tiende al pleno empleo y al progreso social, y un nivel elevado de protección al medio-ambiente."*

Dentro del ámbito jurídico, el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (sin la reforma por la que fue llamado *"Tratado de Lisboa")* ofrece nuevas alternativas a la legislación en algunas áreas, mientras que en otras, únicamente se le da una denominación *"de jure*[7] *"* a lo que ya era conocido *"de facto*[8] *"*.

El reconocimiento de personalidad jurídica a la nueva UE tiene, sin embargo, importancia relativa: "pues ya la tenía reconocida implícitamente en función de la efectividad en el ejercicio de sus competencias y funciones, especialmente en materia de política exterior, de seguridad común, cooperación policial y judicial. La ejecución administrativa siempre descansa en los Estados miembros. Pero la competencia legislativa exclusiva de la Unión responde al esquema de lista cerrada, en materia aduanera; en materia de competencia leal entre empresas necesaria para el funcionamiento del mercado interior, es decir, prohibición de prácticas restrictivas y situaciones de abuso de posición dominante en empresas de dimensiones comunitaria; en materia de política comercial común de mercancías, (aunque la competencia se comparte en el comercio de servicios y de propiedad intelectual); en materia de política de gestión y conservación de recursos pesqueros; en materia de política monetaria, lo que incluye la emisión de billetes y moneda y la fijación de los tipos de interés; en materia de celebración de acuerdos internacionales, cuando sea necesario ejercer una competencia interna mediante un acuerdo internacional." (Mangas, A. 2005, pp. 570-581)[9]

Esto con el fin de delimitar las competencias nacionales de las competencias supranacionales y evitar los vacíos legales que pudieran

---

[7] Implica dar reconocimiento legal y normativo a una cuestión específica,

[8] Implica que dicha cuestión se practique en la vida diaria, independientemente de si existe legislación o no en cuanto a ella.

[9] Mangas Martín, Araceli, *La Constitución Europea Portal Derecho,* S.A. Iustel., Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, España, 2009, http://www.mtin.es/es/publica/revista/numeros/57/Recen2.pdf

ser causa de problemas para los Estados y para la UE en su conjunto. Se darán competencias compartidas de la UE, cuando ésta y los Estados miembros son titulares de las competencias y concurren ambos a regularlas. Ambos tienen competencias para legislar y para dictar actos jurídicamente vinculantes, de modo que los Estados miembros las ejercerán sólo si la Unión no ha ejercido la suya, o ha decidido dejar de ejercerla y sólo en la medida en que no lo haya hecho (Mangas, A. 2005 pp. 570-581).[10]

En cuanto a lo anterior, se observa una delimitación dentro de las competencias exclusivas y las competencias compartidas. Se hace notar así mismo, una fuerte tendencia al principio de subsidiariedad de la UE, es decir que los Estados entrarán a legislar competencias compartidas, sólo cuando la Unión Europea no lo haya hecho, cediendo así, parte de su soberanía nacional. Este principio dicta que la autoridad gubernamental que debe resolver los asuntos económico-políticos y judiciales tiene que ser la instancia más cercana a los interesados. Por lo tanto, el gobierno central asume su función subsidiaria sólo al intervenir cuando el ámbito más inmediato no ha podido resolver eficientemente algún litigio. El propósito es ver que las actuaciones sean de la autoridad con más capacidad de conseguir resultados eficaces (Desplas, 2007, p. 92).[11] El principio pretende resolver la necesidad de un previo agotamiento de jurisdicción interno antes de acudir a instancias supranacionales.

Uno de los mayores logros del Tratado de Lisboa, según Luis González Alonso de la Universidad de Salamanca, es establecer una nueva base jurídica *"omnicompresiva"* para regular el ejercicio de este derecho y proteger a los ciudadanos respecto del tratamiento de sus datos personales a propósito de cualquier actividad comprendida en la esfera de aplicación del Derecho de la Unión. Él mismo menciona lo que cambia y lo que permanece en cuanto a términos jurídicos reales en el Tratado de Lisboa, al decir:

"Las actas anexas al final del Tratado redundan en la idea de que las modificaciones que el Tratado de Reforma opera en este ámbito no

[10] *Idem.*

[11] Desplas, N., "Beneficio Social Recibido Gracias a la Prioridad Macroeconómica de la I+D Europea", *Revista Investigación Multidisciplinaria*, Vol.6, N°2, México, 2007, pp. 91-108.

podrán representar merma alguna "de las responsabilidades de los Estados miembros, en su estado actual, para la formulación y dirección de su política exterior", ni tampoco limitar su autonomía a propósito de las opciones básicas de su política de seguridad y defensa. Así mismo, en la frase final del texto, se estipula que *"la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro*[12]*".*

Así mismo, se concluye afirmando que las reformas hechas al Tratado de Lisboa no afectarán la constitución interna ni las leyes propias de cada uno de los estados de la UE, sino que le darán una mayor fuerza constitutiva a la Unión como tal a fin de proporcionar herramientas de crecimiento para la Unión en sí y sus miembros. El tiempo será juez en determinar si fue efectivo.

En definitiva, todas estas puntualizaciones permiten confirmar desde distintas perspectivas esa vocación revisionista que caracteriza al Tratado de Lisboa y que, en lo que atañe a la articulación jurídica de la acción exterior de la Unión, no se limita sólo a recuperar el modelo vigente despojándolo de "adornos constitucionales", sino que trata además de apuntalarlo, asumiendo que probablemente sea el único viable. Desde luego es el único aceptable hoy por hoy para un buen número de Estados miembros, sin perjuicio de que en su seno puedan comenzar a operar casi todas las mejoras concretas introducidas por el Tratado Constitucional. Desplegarán sus efectos, no obstante, en un contexto distinto a aquél para el que fueron originalmente ideadas y sólo el tiempo dirá si su consolidación y desarrollo progresivo consiguen propiciar cambios de mayor alcance en el futuro.[13]

V.- Aportaciones Del Tratado Constitucional

Los cambios más significativos que introduce el Tratado de Lisboa

---

[12] González Alonso, Luis, "¿Quién Dijo que desaparecen los Pilares? La Configuración Jurídica de la Acción Exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa." El Tratado de Lisboa: La Salida de la Crisis Constitucional. Documento Digital. 2007, pp. 1-11.
http://cde.usal.es/master/practicas/accion_exterior/articulo1.pdf

[13] Ídem.

se reflejan como a continuación:

La capacidad de la UE para firmar acuerdos a nivel comunitario, reducción de posibilidades de estancamiento (como se mencionó anteriormente) y La creación de figuras de "Presidente del Consejo Europeo" y "Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad".

La carta de Derechos Fundamentales de la UE sería obligatoria jurídicamente (excepto ciertas partes que algunos países fueran excluidas para su aplicación nacional).

·Así mismo, el Tratado de Lisboa introduce la lucha contra el cambio climático y el calentamiento global,

·La introducción de una cláusula de salida de un país de la UE.

·En la Constitución de la UE se había establecido como objetivo el fomento de la *"competencia libre y sin distorsiones"*. Debido a la presión ejercida por el gobierno francés, esta frase no se incluyó en el Tratado de Lisboa.

·El establecimiento de un acuerdo de defensa y solidaridad común entre los miembros y la institucionalización del Banco Central Europeo.

·La desaparición del veto en 40 ámbitos de acción suplementarios como lo son el asilo, la inmigración y la cooperación policial y judicial y el mantenimiento de toma de decisiones por unanimidad en cuestión de impuestos, política social y exterior, defensa y revisión del Tratado.

Una más de las reformas estipula que el Parlamento Europea elegirá al Presidente de la Comisión. Las reformas en cuanto a la Comisión estipulan aumentar el número de comisarios (ahora serán uno por país y no más de 27, a partir del 2014 serán 2/3 del número de estados miembros, es decir, se irán reduciendo). Algo importante es que se nombrará a un Vicepresidente, que también será "Alto Representante para Asuntos Exteriores y de Seguridad" y "Presidente del Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores". Dentro del Consejo Europea se crea la

·figura de Presidente del Consejo Europa (el cual será una persona para 2 años y medio, con posibilidad de ser renovables).

Por otro lado, a los parlamentos estatales, se les dota de mayor capacidad de incidencia en la UE y por vez primera se admite la posibilidad de que materias que le sean cedidas puedan devolverse a los Estados (renacionalización de competencias).

En lo que respecta a la Carta de los Derechos Fundamentales, ésta se encuentra en calidad de obligatoria excepto para los estados que pidieron ser desvinculados de algunos aspectos de la misma. La política exterior y de seguridad sigue siendo básicamente una materia intergubernamental, se le otorgan más poderes al Alto Representante y se unifican los servicios exteriores de la Comisión y Consejo, pues existen 22 representaciones exteriores de la Unión Europea y 7.000 funcionarios de la misma.

En el seno del Consejo y del Parlamento Europeo, para mayor rapidez y eficacia, se utiliza el instrumento de la mayoría cualificada en temas que anteriormente requerían de unanimidad. El Tratado instaura un nuevo sistema para el cálculo de esta mayoría cualificada en la toma de decisiones en el Consejo, conocido como la "doble mayoría" (55% de los estados - al menos 15 países- que a su vez representen al 65% de la población de la UE) en lugar del sistema de votos actual (255 de 345 votos que representen al 62% de la población de la UE). Sin embargo para temas de fisco y de defensa, la regla sigue siendo la unanimidad.

Así mismo, se propiciará un aumento extraordinario del poder de co-decisión del Parlamento europeo y se reducirá el número de diputados en el Parlamento Europeo. Hoy día existen 785 lugares y serán disminuidos a 750, sin incluir al Presidente del Parlamento. Cabe destacar que los parlamentos nacionales tendrán una mayor participación en el proceso de co-decisión, ellos vigilarán que el principio de subsidiariedad sea cumplido y podrán dar a conocer su opinión desde que se empiece a estudiar una iniciativa.

Dentro de los aportes específicos encontramos que se da la posibilidad a los estados miembros de abandonar la UE y se da una

prioridad a la lucha contra el cambio climático que representaban grandes lagunas en los tratados anteriores. Finalmente, se hace un énfasis a no confundir la UE con un Estado como tal.

Por todo lo anterior, se puede concluir que con las aportaciones del Tratado de Lisboa, la UE tendrá una personalidad jurídica única y aunque permanece el principio de subsidiariedad, se reconoce la primacía del Tratado de Lisboa y de la UE sobre los Tratados Nacionales, dando así una integralidad y unión indiscutible a Europa. Impacta una delimitación clara y más precisa que anteriormente, acotamiento en competencias y poderes de la UE, de los Estados miembros así como de los poderes compartidos. La regla de base es como a continuación: la UE actúa sólo en los límites de las competencias que los Estados miembros le han conferido y debe respetar cualquier otra competencia de orden de cada estado. Sigue su exclusividad en reglas de competencia, de política monetaria de la zona euro y de la política comercial común mientras los estados manejan temas como los de salud, educación e industria. Las compartidas entre la UE y los Estados miembros afectan el mercado interno, la agricultura, los transporte y la energía.

VI.- Perspectivas

Finalmente al darse la tan anhelada y última firma, la del presidente de la República Checa, Vaclav Klaus al Tratado de Lisboa, se garantiza la aplicación del Tratado para la UE. El presidente Klaus aún se encontraba insatisfecho con el Tratado en sí pero pudo más la opinión pública checa y la determinación de las autoridades legislativas de que el Tratado de Lisboa no violaba la Constitución nacional checa.

Con este paso dado, fue posible la elección de dos nuevas figuras para la UE: el presidente permanente de la Unión y el vicepresidente encargada de la política exterior, el primero siendo el ex Primer Ministro belga, Herman Van Rompuy[14] y el segundo, la Comisaria Catherine

[14] Van Rompuy, de 62 años, es reconocido como un hombre de consenso. Sin embargo, también se le considera un defensor firme de sus posiciones. Llegó al escenario político después de una crisis bancaria y luego tuvo un destacado desempeño como presidente de la Cámara Baja del Parlamento belga, y asumió posteriormente el cargo de ministro de Economía en el gobierno democratacristiano de Luc Dehane.

Ashton en una designación unánime. Estas últimas entraron en vigor el 1° de diciembre 2009 al mismo tiempo que el Tratado de Lisboa. La aprobación del Tratado de Lisboa y la designación de las nuevas figuras de autoridad, ha sido aplaudida por varios intelectuales dentro y fuera de Europa. Sin embargo, la ratificación del presidente permanente de la Unión y la existencia del presidente en turno de la Unión han aumentado la confusión institucional dejando vaga la percepción de la identidad del "alter ego" de un presidente de la república de otro continente de visita en Europa. Por otra parte, lady Ashton ha conservado en sus atribuciones un bajo perfil y poco ambicioso según nosotros así como revelador de una línea de acción inglesa moderada.

Tras la costosa y dilatada ratificación del Tratado de Lisboa se dispone de una base legal que sin llegar a ser una Constitución Europea aporta todos los medios para avanzar en una Unión que no se conforme con ser una mera Unión Económica. El objetivo es presentarse al mundo con criterios comunes y una sola voz en materias tan importantes como la política exterior y a la vez ir conformando y no sólo coordinando los principios y normas comunes para las políticas interiores de cada una de las naciones integradas en la misma. La única forma de defender los intereses de una Europa y mantener principios y valores diferentes de los de otras áreas del mundo, es construir una Unión Europea fuerte y eficaz que sepa enfrentarse a los retos económicos, sociales y políticos ya definidos en el mundo actual. La otra opción es pasar a la historia como otra civilización más que fue importante durante siglos y sucumbió[15]" (Alcalde, 2009).

Los nuevos tiempos reclaman nuevas medidas y diferentes actores que hagan frente a los retos de un mundo cada vez más interconectado. La decisión de los Estados europeos de mantener la unidad a pesar de los diferentes estilos económicos o de gobernanza es loable y representa un avance hacia la integralidad que debiera prevalecer regionalmente.

Además, la decisión de afirmar por escrito el respeto de la UE hacia una perfecta igualdad de los Estados miembros con énfasis en una

[15] Alcalde, Carmen,"Hacia una verdadera Unión Europea", *Revista del Portal Digital El País*, Madrid, España, 2009.
http://www.elpais.com/articulo/primer/plano/verdadera/Union/Europea/elpepueconeg/20091129elpneglse_7/Tes

voluntad de mantener vigentes sus identidades nacionales respectivas y sus autonomías regionales. Esto incluye el cuidado de la preservación lingüística de los Estados.

Una reacción de mala organización en las responsabilidades parece traspasar sin embargo en cuanto a una ausencia de mecanismos reguladores del Pacto de Estabilidad Financiero. El banco central europeo posee las atribuciones de prestar (y lo ha hecho en la crisis de 2008-09) a bancos privados para evitarles la quiebra pero, sin embargo, no puede actuar de la misma manera por el artículo 123 del tratado de Lisboa que no se lo permite hacia los poderes públicos de los países miembros de la Unión. El ejemplo griego actual presiona y exige una solución inmediata y solidaria al respecto en una gestión de la crisis por parte del euro y su banco central.

VII. Conclusiones Y Recomendaciones

En materia institucional, la construcción europea ha sido compleja siguiendo el ritmo sucesivo de los tratados (Acto Único -1987-, tratado de Maastricht -1992-, Ámsterdam -1999-, Niza -2001- y Lisboa -2010-). El espacio europeo se quiere modelo social europeo, paradigma de progreso social y contraparte de otros modelos sociales como el norteamericano.

La UE se compromete a promover sus valores hacia el exterior. Se trata particularmente de 1. Paz y seguridad, 2. Desarrollo sustentable, 3. Solidaridad y respeto mutuo entre los pueblos, 4. Comercio libre y equitativo, 5. Eliminación de la pobreza, 6. Protección de los derechos humanos y 7. Respeto y desarrollo del derecho internacional definido por la ONU. Así trata de actuar: como la primera potencia mundial en apoyos a los países emergentes.

El nuevo texto proporcionaría a la UE un marco jurídico y los instrumentos necesarios para hacer frente a los retos del futuro, ahora más que nunca, pues en los últimos años que se han adherido nuevos miembros, s e ha visto la necesidad de una Unión más democrática,

incluyente y sobre todo fuerte. Como menciona Carmen Alcalde, el propósito es crear una integralidad dentro de la región que permita aumentar la competitividad de sus servicios y productos. El fin último es lograr crecer gracias a la diversidad europea existente y valerse de esas diferencias para complementarse unos a otros.

Se concluye entonces las reformas que propone el Tratado Constitucional para Europa son encaminadas a dotar a la Unión Europea de una personalidad federal en donde, más que todo, se da una especial importancia a la política exterior común, a la seguridad europea y se enfrentan retos como lo son el cambio climático y la defensa de todos los Estados como uno sólo.

La idea de soberanía e integración dentro de esta nueva realidad Europea se hace presente desde el momento en que cada uno de los Estados llevó a cabo un distinto proceso de ratificación para el Tratado (de acuerdo a sus costumbres nacionales) y cómo cada uno respetó sus leyes y la voluntad de su pueblo antes de las implicaciones de relaciones internacionales que tiene dicho Tratado. No se trata de suprimir la Constitución nacional de cada uno de los estados, si no de fortalecer a cada una.

El Tratado Constitucional surge como respuesta a los mismos ciudadanos, quienes pugnaron por una mayor defensa de sus derechos no sólo en su propio país sino a lo largo y ancho de la Unión. Mucho se ha tratado sobre la desaparición del Estado en un futuro no muy lejano, pero observamos cómo la Unión Europea es ejemplo de cómo puede proceder una integración y unión tal, que no viole la soberanía de los países, pues el proyecto de Tratado Constitucional es más bien, la suma de las soberanías.

Fue el primero de diciembre de 2009 cuando en medio de festejos con fuegos artificiales, música y colores, se celebró la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Esto tuvo lugar precisamente en la ciudad que le dio nombre al Tratado, bajo el marco de la presidencia de Suecia en la UE. Finaliza una etapa de luchas, debates, controversias, defensas y ataques por parte de los Estados miembros, grupos políticos y sociales y la misma comunidad mundial que siguió de cerca el asunto con atención.

Los resultados serán ahora quienes hablarán por sí mismos, y marcarán la pauta a seguir o a rechazar para el resto del mundo.

Las nuevas herramientas le da a la UE un estatus diferente al anterior incorporando un sólo sistema donde en ocasiones anteriores existía un doble sistema. Le confiere una personalidad jurídica propia que le hacía falta.

No obstante, aunque el presente artículo aborde la historia, cambios y avances que aporta el Tratado Constitucional, aún quedan aspectos jurídicos que analizar respecto al tema:

·Se debe ahondar en lo referente a las implicaciones jurídicas que el Tratado de Lisboa admite para con los estados miembros de la UE y aunque se manifiesta que dicho Tratado no viola la Constitución Nacional de ninguno de los estados, es conveniente una revisión legal a fondo de las Constituciones y su compatibilidad con el Tratado Constitucional.

·Estimamos además pertinente no quedarse varados en una arquitectura institucional confusa y sin carisma como mencionado anteriormente, colmando también las lagunas abiertas a la vista del mundo al momento de la crisis griega. En efecto, la crisis económica de la zona euro evidencia el papel preponderante del "Big 2" (Alemania y Francia) en la toma de decisión del destino griego donde Bruselas y el tratado de Lisboa tuvieron poco que ver en comparación a la coalición París-Berlín. Se sugiere en un estudio ulterior analizar las tensiones entre países consolidados y países pequeños en el seno de la Unión Europa, es decir la naturaleza horizontal de las relaciones políticas, económicas e institucionales.

Sea el presente artículo un marco y una base para futuras investigaciones respecto al Tratado y sus aplicaciones. La única forma de mantener un rumbo de frente y de avanzar en desarrollo, política social y política exterior es analizando la actual y proponiendo innovaciones para el futuro de las diferentes regiones del mundo, incluida claro, la Europea.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE, CARMEN, "Hacia una verdadera Unión Europea", Revista del Portal Digital El País, Madrid, España, 2009.
http://www.elpais.com/articulo/primer/plano/verdadera/Union/Europea/elpepueconeg/20091129elpneglse_7/Tes

BARBÉ, ESTHER, "La Unión Europea en el mundo: entre el poder de transformación y los límites de la Constitución", Revista del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Vol. 50, Madrid, España, 2005, pp. 1-14 http://www.almendron.com/politica/pdf/2005/europa/europa_0607.pdf

DESPLAS, NATHALIE, "Beneficio Social Recibido Gracias a la Prioridad Macroeconómica de la I+D Europea", Revista Investigación Multidisciplinaria, Vol.6, N°2, México, 2007, pp. 91-108.

EQUIPO DE REDACCIÓN JURÍDICO UNAM, "El Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa", Teoría y Realidad Constitucional, Nº 15., México, 2004, pp. 11-50

FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO FRANCISCO, "Constitución Europea y terrorismo" Cuadernos de integración europea, Anuario de Derecho Europeo, ISSN 1885-1754, Nº. 1., 2005.

FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO FRANCISCO, "Dos respuestas frente al terrorismo: los modelos europeo y estadounidense", Papeles de cuestiones internacionales, Anuario de Derecho Europeo, ISSN 1885-799X, Nº. 89, pp. 87-95. 2005.

FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO FRANCISCO, "La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea: estructura, ámbito de aplicación, invocabilidad y contenido." Anuario de derecho europeo, Anuario de Derecho Europeo, ISSN 1579-1750, Nº. 2, 2002, pp. 137-163.

FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO FRANCISCO, "Un nuevo hito en el camino de la protección". Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, Anuario de Derecho Europeo, ISSN 1575-2054, Nº 214, 2001, pp. 15-30.

FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO FRANCISCO, "La soberanía del Estado y sus límites internos, la autonomía de los entes territoriales y la tutela judicial efectiva del ciudadano, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", , Anuario de Derecho Europeo, ISSN 0570-4316, 1997, pp. 345-376.

FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO FRANCISCO, "Libre circulación de capitales, control de cambios y delitos monetarios: la solución a unas discrepancias entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Supremo español", Revista de Derecho Comunitario Europeo, Anuario de Derecho Europeo, ISSN 1138-4026, Año nº 1, 1997, pp. 175-194.

FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO FRANCISCO, "La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH): un intento de solución al problema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario", Revista de Instituciones Europeas, Anuario de Derecho Europeo, ISSN 0210-0924, Vol. 12, Nº 3, 1985, pp. 701-722.

GONZÁLEZ ALONSO, LUIS, "¿Quién Dijo que desaparecen los Pilares? La Configuración Jurídica de la Acción Exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa.", El Tratado de Lisboa: La Salida de la Crisis Constitucional, Documento Digital, 2008,1 http://cde.usal.es/master/practicas/accion_exterior/articulo1.pdf

LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, "Una Idea Constitucional de Europa para los Ciudadanos", Revista de Estudios Políticos, Num 119.2003, pp. 1-16 http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_119_515.pdf

MANGAS MARTÍN, ARACELI, "La Constitución Europea", Revista Portal Derecho, S.A. Iustel. Biblioteca Jurídica Básica, Portal Digital de la Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2005, http://www.mtin.es/es/publica/revista/numeros/57/Recen2.pdf

MOSCOVIVI, PIERRE, Le Traité de Lisbonne suffit-il à relancer l'Europe politique, Conferencia en la Escuela Nacional de Administración (ENA), Paris, Francia, 28 de enero de 2010 pp. 3-34.

PÉREZ NIEVES, JOSÉ CRUZ, Algunos aspectos del proceso de gestación, elaboración y ratificación del "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Congreso de la Nación: Dirección de Información Parlamentaria, Argentina, 2006, http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/documentos/DE6v.1.constitucion.europea.pdf

"LOS NUEVOS LÍDERES DE LA UE", El Comercio Periódico de Análisis, Latin American Newsstand, Document ID: 1906990621, 2009.

REPRESENTACIÓN PERMANENTE DE ESPAÑA ANTE LA UNIÓN EUROPEA, "Los Tratados de la UE", Portal Digital de la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, España,2009, http://www.es -ue.org/Default.asp?section=540&lg=2

RODRIGO, H, "Tratado de Lisboa: los cambios", Tinta Digital Revista, España 2009, pp. 1-3 http://www.tintadigital.org/2009/10/01/el-tratado-de-lisboa-los-cambios/

SIN AUTOR, "Candidatos a la UE", France Diplomatie, Portal Digital, 2009, www.diplomatie.gouv.fr/.../union-europea.../candidatos-ue.../index.html

LA TORTURA EN MEXICO

OSCAR A. MÜLLER CREEL[1]

SUMARIO: 1. LA TORTURA A TRAVÉS DE LA HISTORIA.- A. ÉPOCA ANTIGUA; B. EDAD MEDIA; C. LA ILUSTRACIÓN; D. LA TORTURA EN MÉXICO; II. EL PODER JUDICIAL MEXICANO Y LA TORTURA; III. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA TORTURA EN MÉXICO. IV. EL FUTURO DE LA TORTURA ¿SU RELATIVIDAD? VI. CONCLUSIONES.

En este lugar maldito donde reina la tristeza no se castiga al delito, se castiga la pobreza.[2]

I.-La tortura a través de la historia

a. Epoca Antigua

Históricamente, la tortura, ha sido reconocida como un medio lícito de investigación, prueba o castigo, así observamos que Pietro Verri[3], afirma que "*el origen de una invención tan feroz, sobrepasa los confines de la erudición y, verosímilmente la tortura será tan antigua como lo es en el hombre, el sentimiento de dominar con despotismo a otro hombre, cuanto lo es que el poder no esté siempre acompañado de las luces de la virtud, y cuanto lo es, en el hombre armado de la fuerza prepotente, el instinto de extender sus acciones a medida más bien de*

---

[1] El autor es Doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado y Catedrático de tiempo completo e Investigador de la Universidad Autónoma de Chihuahua, México. Actualmente asignado en funciones docentes al Centro de Estudios Penales y Forenses, de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua. C. E. omuller@uach.mx

[2] Frase escrita en una celda de la antigua prisión de Lecumberri, de la ciudad de México.

[3] Citado por: Plascencia, Raúl, "La Tortura y su tipificación en el ámbito nacional e internacional", En *Memoria del Foro sobre la Tortura en México,* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002,*p.* 29

sus posibilidades de razón". Floris Margadant, al hablar del derecho en el antiguo Egipto, menciona lo siguiente: "Sabemos que hubo tribunales locales, dos cortes superiores y la suprema corte del faraón, con un ordenado sistema de apelaciones. Sin embargo, no sólo los Juicios de Dios, sino también la tortura aplicada inclusive a los testigos inocentes para ayudarlos a apegarse a la verdad, y la evidente existencia de una llamativa corrección judicial, sugieren un procedimiento con muchos defectos"[4].

Bravo Aguilar, por su parte, destaca como los griegos veían la tortura un instrumento para equilibrar el valor del testimonio de una persona que carecía de honorabilidad respecto de aquel que gozaba de credibilidad suficiente, en razón de su status social[5]. De acuerdo a lo anterior, el honor de un ciudadano establecía la pauta para dividir los testimonios en naturales, que eran aquellos emitidos por un miembro de la polis y forzados, estos últimos derivaban de las personas que carecían del estatus que daba la ciudadanía, tales como los esclavos, extranjeros o personas que se ocupaban de oficios vergonzantes, a quienes se les sometía a tortura con el objeto de obtener veracidad sobre su dicho, como un elemento procesal de confirmación de la prueba; en tanto que los ciudadanos, por el simple hecho de tener una honorabilidad que sostener frente a la comunidad, no había necesidad de confirmar su dicho pues el simple perjurio implicaba una pena tan infamante como la exclusión de la sociedad a la que pertenecía aquel que declaraba en falso[6].

---

[4] Floris, Margadant, "Panorama de la historia universal del derecho", Miguel Ángel Porrúa, México, 2004, p. 48.

[5] Bravo Aguilar, Nauhcatzin Tonathiu, "El santo oficio de la inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su procedimiento", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho,* Universidad nacional autónoma de México*,* Instituto de investigaciones jurídicas*,* Numero 16*,* año 2004*,* Versión electrónica visible en:

http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/16/art/art4.pdf [consultado el tres de marzo del 2008]

[6] Gudín Rodríguez– Magariños, Faustino, "Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito", *Boletín de información del Ministerio de Justicia de España,* Año 60, Nº 2021, 2006, pags. 3827-3858. Versión electrónica visible en:

http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga&blobheader=application%2Fpdf&blobheadernamel=Content

-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D%22Estudios%22&blobkey=id&blobtable=Boletin&blobwhere=1161677809031&ssbinary=true [consultado el veintitrés de agosto del dos mil siete]

Por lo que se refiere al sistema romano, en la época antigua, los esclavos podrían ser torturados siempre y cuando fueran acusados de un crimen; sin embargo durante el imperio la posibilidad de aplicar tortura a los hombres libres se fue dando cada vez con mayor amplitud al acabarse las distinciones entre patricios y plebeyos, al eliminarse dicha distinción se establecieron dos tipos de ciudadanos: *los honestiores* y *los humiliores,* estos últimos, por el hecho dedicarse a labores más humildes, o por su pobreza o desarraigo, eran más susceptibles a la tortura. Ulpiano, en el siglo III, refería que por *quaestio* (tortura) debería entenderse el tormento y sufrimiento del cuerpo, con el fin de obtener la verdad; Gudín[7], menciona como este jurista romano desconfiaba de la tortura, refiriéndose al Digesto XLVIII, 18, 23, que menciona: "Las declaraciones arrancadas por medio de la tortura son poco seguras, incluso peligrosas y traicionan a la verdad, puesto que unos endurecidos y dispuestos al dolor de tal modo que no puede sonsacarseles nada, mientras otros prefieren para evitar el dolor aceptar no importa qué mentira. No es preciso dar fe en todo caso a tal procedimiento, ni negarle toda confianza".

b. Edad Media.

En Europa continental posiblemente una de las instituciones que más promovieron la tortura como instrumento procesal o sancionatorio, durante el medioevo, fue la Inquisición, que tuvo una vigencia que duró del siglo XII, hasta el siglo XIX. Siendo de observarse que sus prácticas se trasladaron al continente americano y por consecuencia, también el uso de la tortura como un medio legítimo dentro del sistema penal. La complicidad que se dio entre la iglesia y el estado permitió a la primera utilizar la fuerza del segundo, como un recurso para el uso legítimo de la violencia, sobre todo para combatir la herejía, es decir aquellas prácticas o ideas que se oponían de las impuestas por la iglesia.[8]

Se observa que en los concilios de Reims y de Oxford en los años 1157 y 1166, se establece el castigo a los herejes con la marca de Hierro

[7] *Op. Cit., P.* 7.
[8] El tema de la Santa Inquisición, se analiza de acuerdo al estudio de Bravo Aguilar, antes referido.

candente en el rostro; en el año de 1199 se emite la bula papal *Vergentis in senium*, en la que se considera a la herejía como un crimen de *Lesa majestad* que permite establecer la pena de la hoguera. En el año 1252, el papa Inocencio IV, emite el decreto *Ad extripanda,* dirigido a las autoridades italianas y en el cual se establece la obligación de encarcelar y procesar a los herejes y el tormento o la tortura, aplicable a los reos, como medio procesal para obtener confesiones creíbles.

Por lo que se refiere a Europa Continental y su posterior traslación al continente americano, la inquisición inicia en el año 1478 a través de la Bula Papal *Exigit sincerae devotionis affectus* que permite el establecimiento del Tribunal del Santo Oficio. Debe considerarse el caso especial de España en el que al realizarse la integración territorial y política por parte de Fernando de Aragón e Isabel de Castilla, se incluye el dominio sobre población que practicaba diversas creencias religiosas, judíos, moros y cristianos; las exigencias de la mayoría cristiana aunado al poder económico que habían adquirido los judíos, fueron circunstancias que permitieron la expedición de la autorización papal antes mencionada; en el año de 1483 nace el organismo central de la inquisición en España que fue denominado Consejo de la Suprema y General Inquisición, encabezado por el religioso Tomás de Torquemada, fue este personaje quien establecido las primeras reglas escritas para la actuación del Tribunal de la Inquisición, denominadas *Compilación de las Instrucciones del Oficio de la Santa Inquisición,* a la que siguieron una serie de instrumentos que fueron regulando la actuación del tribunal religioso cuyo estudio nos ocupa.

La compilación de Torquemada, en sus primeros tres artículos establecían la obligación del tribunal de dirigir proclamas a las poblaciones para integrarse ante su presencia y dar un período de gracia para confesar los actos de herejía, quienes acudían durante este periodo eran absueltos de acuerdo a lo previsto por el artículo séptimo; en el artículo octavo se establecía que aquellos que se presentaban después del período de gracia, pero de forma voluntaria, podrían tener sanciones leves como la confiscación parcial de los bienes; lo relativo al tormento,

que es lo que nos ocupa, se establecía en los artículos quince y dieciocho de dicha compilación.

El proceso ante el Tribunal del Santo Oficio, era inquisitorial; contrario al procedimiento acusatorio que contemplaba al juez como un árbitro entre la parte acusadora y la acusada, buscando la igualdad de las partes, estableciendo la carga de la prueba en el estado y mediante juicios públicos, de esta manera, se protegía al acusado frente a los excesos en la acusación, evitando así las denuncias falsas, estando el acusador obligado a probar su imputación y en caso de no poder hacerlo se le podría sujetar a la misma pena que buscaba para su acusado; el sistema inquisitorial, por el contrario, autorizaba el juez a realizar la investigación lo que le convertía en parte protagónica del proceso transformándose así en el acusador, el procedimiento ya no es público, sino que se realiza bajo una estricta privacidad y al acusado se le considera culpable, debiendo probar su inocencia.

La aplicación del tormento dentro del proceso, tenía la misma cualidad de reserva que el propio proceso, expresaba la voluntad jurídica del tribunal de obtener la verdad a través de medios lícitos; la aplicación del tormento se presentaba cuando, habiéndose dado suficientes pruebas de culpabilidad dentro del proceso, a juicio del tribunal, el procesado seguía negando su culpabilidad; para proceder al tormento, se llevaba al acusado a una habitación específica para tales fines donde era torturado por una persona especializada; a los actos de tortura comparecían exclusivamente los miembros del tribunal y el verdugo, las torturas más comunes eran la garrucha,[9] el agua y el potro, una vez que el reo había confesado, se esperaba hasta el día siguiente para que ratificara su confesión y, si se negaba a esto, se procedía a una nueva sesión de tortura; dado que las ejecuciones o autos de fe, debían ser públicos, era común la a que el reo se recuperase, aunque fuese parcialmente de las lesiones sufridas durante la tortura; Liebman[10], menciona el caso de un reo que necesitó de cuatro años para restablecerse de las lesiones que se le ocasionaron con motivo de la tortura, pero una vez realizado esto se le

[9] Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua, el tormento de garrucha consistía en "... colgar al reo de una cuerda que pasaba por una garrucha, para que con su mismo peso se atormentase" Real Academia de la Lengua. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda edición.

[10] Citado por Bravo Aguilar, *Op. cit.*, p. 106.

hizo desfilar en público para recibir su castigo.

En lo que concierne a la inquisición en la Nueva España, en un principio se nombró Comisario de la Inquisición al fraile dominicano Martín de Valencia y fue la orden de los dominicos quien tuvo a su cargo esta institución hasta el año de 1571, en el que se instituyó en México el Tribunal de Inquisición a cargo del Arzobispo Pedro Moya de Contreras, que tenían facultades respecto de los herejes y los judaizantes, pero no en cuanto a los indios. Fueron pocas las vidas que costó en la Nueva España el tribunal de la inquisición, pero no dejaron de aplicarse penas como la prisión vitalicia, azotes, castigos difamantes, etc., Las cortes de Cádiz eliminaron la inquisición el 22 de febrero de 1813, aunque se aplicó en los procesos inquisitoriales en contra de Hidalgo y Morelos.[11]

c. La ilustración.

Es en el siglo XVIII, cuando empiezan a quebrantarse las monarquías y con esto viene la crítica a los sistemas penales hasta entonces aceptados.[12] La obra de Montesquieu establece una conexión entre lo penal y lo político y menciona como la severidad de un sistema penal estaba en relación directa con lo despótico del concierto que lo sostenía; este filósofo observa en su obra una circunstancia que aún actualmente se plantea en la palestra de la discusión sobre la efectividad del derecho penal y de las penas para combatir el delito, cuando en el Libro VI, capítulo XII, de su obra denominado "De la fuerza de las penas" menciona: "… cualquier irregularidad que se observa en un Estado, el gobierno violento quiere corregirla de repente; y en lugar de hacer que se cumplan las antiguas leyes, establece una pena cruel que corte el mal al momento. Pero así se gasta el resorte del gobierno, la

[11] Sobre este tema véase a Floris Margadant, Guillermo, "La iglesia ante el Derecho Mexicano, esbozo histórico- jurídico", Miguel ángel Porrúa, grupo editorial, México 1991 (edición emanada de la obra publicada por el título "La Iglesia Mexicana y El Derecho" editada en 1984). Páginas 150 y siguientes.

[12] NOTA DEL AUTOR: Para el análisis de este tema se ha tomado en consideración el artículo de Marín Tello, María Isabel,"El debate sobre la tortura en la segunda mitad del siglo XVIII", Publicado en el *Anuario mexicano de historia del derecho*, Número 18, Año 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Versión electrónica visible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/18/pr/pr14.pdf [Consultado ocho de marzo del año 2008]

imaginación se acostumbra a la pena mayor como antes se habíaacostumbrado a la menor, y como mengua el temor que está inspira, pronto es preciso establecer la otra en todos los casos. Eran frecuentes en algunos Estados los robos en los caminos públicos; tratóse de evitarlos y se inventó el suplicio de la rueda, que durante algún tiempo los hizo desaparecer. Después, sin embargo, se ha vuelto a robar en los caminos públicos lo mismo que antes. … Es preciso no usar con los hombres de medidas extremas, pues se deben economizar los medios que la naturaleza nos da para conducirlos. Examínese la causa de cualquier relajación y se verá que procede del impunidad de los delitos y no de la moderación de las penas[13] ". En el mismo libro VI, Montesquieu trata el tema de la tortura, a la que denomina tormento, mencionando que el hecho de que las naciones civilizadas lo hubiesen abolido sin inconvenientes implica que no es necesario por su propia naturaleza; ejemplifica esto con el caso de Atenas en donde los ciudadanos no podían ser sometidos a tormento, salvo en los casos que se tratase de delitos de *lesa majestad* y que en cuanto a los romanos las leyes tres y cuatro, establecían la excepción de tormento por causas de nacimiento (ciudadanía romana) y profesión de la milicia, salvo también los delitos de *lesa majestad*.[14]

Las ideas de Montesquieu antes mencionadas son reflejo del pensamiento de la etapa de la ilustración que se dio en el siglo XVIII, a estas debemos agregar las ideas contractuales entre las que se puede mencionar la de Rosseau que sustentará el origen del poder político en el consenso de los seres humanos para unirse en sociedad y no en el linaje y la divinidad como era el sustento de la monarquía.

Toda esta dubitación del sistema político tiene como consecuencia el que la efectividad del sistema penal sea también sujeta a juicio, las penas que se aplicaban, podían ir desde las leves, como el destierro, prisión por poco tiempo o las pecuniarias, pero también existían penas fuertes como eran los azotes, la mutilación, trabajos forzados en minas o canteras, hasta pena de muerte.

---

[13] Montesquieu, Barón de, *El espíritu de las leyes*, Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid 1906. Páginas 129 y 130.

[14] *Op. Cit., pp.* 139 y 140.

Todo lo anterior fue creando el terreno fértil para la obra de Cesar Beccaria "De los delitos y las penas" que planteó un parte aguas entre el sistema penal derivado de los gobiernos despóticos y una propuesta de un sistema penal mas humanitario que lógicamente proscribía la tortura, se observa como este pensador comenta sobre la tortura lo siguiente: " … una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las Naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso; ó para obligarlo para á confesar un delito, ó por las contradicciones en que incurre, ó por el descubrimiento de los cómplices, ó porque no se qual metafísica é incomprensible purgación de la infamia; ó finalmente por otros delitos, de que podría ser reo; pero de los quales no es acusado.". Luego de analizar que el tormento constituye en sí mismo una pena y se ha convertido también en un ridículo motivo para purgar la infamia, bajo el falso argumento que el dolor y el fuego limpian el alma; menciona cómo una diversa razón para rechazar la tortura: "El tercer motivo es el tormento que se dá á los que se suponen reos, quando en su examen caen en contradicciones; como si el temor de la pena, la incertidumbre del juicio, el aparato y la majestad del Juez, la ignorancia común á casi todo los malvados y á los inocentes, no deban probablemente hacer caer en contradicción al inocente, que teme, y al reo, que procura cubrirse; como si las contradicciones comunes en los hombres quando están tranquilos, no deban multiplicarse en la turbación del ánimo, todo embebido con el pensamiento de salvarse del inminente peligro.[15]"

Estas ideas fructifican en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo noveno, establece: "Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona". De esta disposición se desprende un principio que es elemental para cualquier estado que se considere civilizado y democrático, la presunción de inocencia, que establece en beneficio del reo, la necesidad

[15] Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, *§. XVI Del Tormento,* Editado por Centro de publicaciones Ministerio de Justicia y Biblioteca Nacional Ministerio de Cultura, Madrid, 1993, Págs. 77 a 95. Versión electrónica visible en:
www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre2/_2001/libert/modulo1/clase3/doc/delitos.doc [consultado el 21 de marzo del 2008]

de que sea el estado quien pruebe la culpabilidad de la persona la que se acusa; por otro lado, al establecer que la detención de las personas sólo puede implicar la fuerza necesaria para su arresto, se está prohibiendo implícitamente la tortura como medio probatorio y como elemento de sanción.

Las ideas de la Ilustración que han quedado mencionadas, fueron adoptadas con lentitud en España; en el siglo XVIII la tortura no era considerada como una pena sino que era tomada como una parte del proceso penal, que perseguía tres finalidades: obtener la prueba de confesión a través de medios violentos contra quien hubiese indicios de culpabilidad; la obtención de acusación del reo contra sus cómplices o la obtención de declaraciones testimoniales. Se consideraba la mejor prueba con que el juez podía contar para sustentar una sentencia condenatoria. La aplicación de la tortura si bien tenía un objetivo procesal inmediato, también implicaba un instrumento intimidatorio. Sin embargo existía quienes se opusieron a la aplicación de la tortura, por considerar que, en si misma, esta práctica es en sí la aplicación de una pena.

La tortura no era una práctica generalizada, cuando menos en el territorio de España, incluyendo las colonias de América, su aplicación se encontraba restringida por circunstancias de clases sociales y por la decisión del órgano judicial. Se observa que uno de los privilegios con que contaba la clase noble era la circunstancia de que sus miembros no podían ser sometidos a tortura salvo casos de delitos graves como los de *Lesa majestad* divina o humana.

Por lo que se refiere a la penetración de las ideas de la ilustración en España, Marín Tello, refiere lo siguiente: “En el Setecientos, España no se caracterizaba por la apertura hacia las nuevas corrientes: era un Estado absolutista, que se dejaba llevar más por las tradiciones y costumbres que por los cambios, a pesar de las reformas que se apreciaban desde la llegada de los Borbones. El motor del cambio debía ser la facultad legislativa del monarca, cuyo poder absoluto no se ponía

en duda, impulsada por la ayuda y las soluciones propuestas por los sabios ilustrados. Para Juan Delval, la justicia criminal en España en la edad moderna y en particular en el siglo XVIII no difería mucho, ni era mejor que la del resto de los países europeos; en general, el caos de la legislación era semejante[16] ".

A pesar de lo anterior, la Constitución de Cádiz, trajo avances en materia penal, se abolió el tormento en las cárceles, en 1813 se suprimió la pena de azotes y el 24 de enero de 1812, la horca por garrote, en la ejecución de las penas de muerte.[17] Esta constitución estableció una serie de garantías en los procesos criminales, entre estos la formación de juicios breves y sin vicios, la detención a través de mandamiento de juez salvo los casos de flagrancia, la prohibición del tormento, la confiscación de bienes, etc. El Código Español de 9 de julio de 1822, sustentado bajo dichos principios, fue la base para la codificación penal en México, que no se vino dando sino hasta el año de 1871.

d. La tortura en México.

En la vida independiente de México, la problemática de inseguridad que se dio en los primeros años posteriores a la consumación de la independencia, permitió que se establecieron sistemas penales con bajos índices de garantías, así por ejemplo a los salteadores de caminos o ladrones en despoblado o malhechores que se opusieran a su arresto se les podía someter a juicio sumario en jurisdicción militar. Se dieron en la República una serie de intentos para crear códigos penales entre los que cabe mencionar el del estado de Oaxaca de 7 de febrero de 1828, que concluyó con una Ley Penal de un fuerte tinte publicista, pues en ella se abordaban delitos contra el estado como la sedición o la rebelión y actos contra la autoridad pública. Otro esfuerzo fue el *Plan General de Código Penal para el Estado de México,* de 1831. En el estado de Veracruz, surgió el primer código penal del país en el año de 1832 y en 1868, se dieron los códigos penal y de procedimientos penales. La Constitución de 1857, establecía en sus artículos 13 a 24 una serie de garantías en

[16] Marín Tello, María Isabel, *Op. cit.*, p. 226.

[17] Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, Oxford University Press, Segunda edición, México 2004. pp. 719 a 729

materia penal, referentes a la prohibición de leyes privativas y de tribunales especiales, la supresión de fueros, con excepción del militar; la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley; la aplicación exacta de la ley; la prohibición de aprehensión por autoridades no competentes, la prisión exclusivamente por delitos que merecieron pena corporal, etc.

Durante la Intervención Francesa, Maximiliano de Habsburgo formó una comisión para la redacción de Códigos Penal y Procesal Penal, así como disposiciones en materia penitenciaria; mientras tanto se aplicaron en el país los códigos de Instrucción Criminal y Penal franceses, de 1865 y 1866. Una vez restablecida la república en el país, se reintegra una comisión para la elaboración del Código Penal, promulgándose en diciembre de 1871 e iniciando su vigencia el 1. º de abril de 1872; en el año de 1880, se promulgó el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, el que fue derogado por un nuevo código, de 1894. En 15 de diciembre de 1929, entró en vigor el Código Penal que luego fue sustituido por el de 1931, vigente a la fecha en el ámbito federal aunque con una gran cantidad de reformas.[18]

El 27 de diciembre de 1991, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que en el ámbito federal de nuestro país implica la aplicación de la convención contra la tortura de la Organización de las Naciones Unidas.[19]

2. El Poder Judicial Mexicano y la Tortura.

A pesar de todas las declaraciones y disposiciones que se han dado en México desde su vida independiente, partiendo de la constitución de Cádiz hasta la ley mencionada en el párrafo que antecede, pasando por la constitución vigente de 1917, en cuyo primer párrafo se estableció: " Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa

[18] Véase: Cruz Barney, Oscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación,* Instituto De Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 180, Universidad Nacional Autónoma De México, México, 2004, pp. 70 y siguientes.

[19] Firmado el 16 de abril de 1985; Aprobado por el Senado el 9 de diciembre del mismo año, según decreto publicado en Diario Oficial de la Federación de 17 de Enero de 1986.

excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales"; en nuestro país la aplicación de la tortura, sobre todo con efectos disuasivos, de investigación y procesales, se ha aplicado en forma consistente frente a una justicia que ha actuado como cómplice de esto y no ha sido hasta las últimas dos décadas en que la práctica de la tortura ha disminuido.

Lo anterior, ha obedecido a una situación práctica, que no lo justifica; un sistema policial ineficiente, corrupto y mal pagado fue la base para que la persecución e investigación de los delitos, generalmente se tuviera que sustentar en la prueba de confesión del supuesto responsable, obtenida con base en la tortura física o psicológica; aunado a esto, debe agregarse un sistema judicial que, en complicidad con las carencias del sistema de procuración de justicia, daba un exagerado valor a la declaración del imputado para emitir sentencias condenatorias.

La anterior aseveración puede sustentarse en el siguiente análisis de los precedentes que fueron dándose en la práctica judicial.

El 12 de febrero de 1923, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estimaba que la declaración de un testigo tenía plena validez en el juicio aún y cuando no hubiese sido emitida ante el juez, sino ante la policía, en la fase de investigación del delito, determinando que dicha fase tenía gran importancia por ser la base del proceso penal.[20]

En marzo de 1931, la Primera Sala del máximo tribunal, estimó que la declaración del acusado debería aceptarse en su integridad, si no existieran circunstancias que desvirtuaran su veracidad.[21]

En octubre de 1937, la Primera Sala, emite criterio en el sentido de que la retractación del acusado, respecto a su declaración rendida ante el Ministerio Público como órgano investigador, carece de validez si no se encuentra sustentada por pruebas distintas en el proceso y por el contrario, es acorde con las declaraciones de los ofendidos. Considerado en forma aislada esta tesis puede verse como correcta; sin embargo en el contexto en el que se encuentra debe resaltarse como la simple confesión

[20] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Pleno. Tomo XII, Página: 333.

[21] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXI. Página: 1777.

del reo rendida ante la autoridad administrativa, es suficiente para emitir una condena, a pesar de que ante la autoridad judicial, se llevó a cabo una retractación.[22]

En 1942, la misma Primera Sala, emite un criterio que, siguiendo la tendencia establecida en los antes descritos, incidiría directamente en la confesión que deriva de la tortura, el sumario de la tesis menciona literalmente "Es inadmisible la impugnación que haga el acusado, alegando que la confesión le fue arrancada mediante coacción, si nada demuestra la existencia de actos violentos contra el detenido o nada demuestra la existencia de actos violentos contra el detenido o contra los testigos que declararon en su contra[23]". Se observa como este precedente está determinando prácticamente que es obligación del reo en el proceso, comprobar los actos de tortura que le obligaron a aceptar su responsabilidad.

En el mes de junio de 1955, se vuelve a emitir por la Primera Sala precedente que confirma a la confesión como prueba suficiente para condenar al reo, a pesar de la retractación que se hayan dado ante la autoridad judicial; estableciendo que correspondería al procesado probar que fue por un error la aceptación de responsabilidad que hubiese emitido ante el órgano investigador.[24] Esta reversión de carga de la prueba contraría el principio de presunción de inocencia, al establecer como prueba suficiente para establecer responsabilidad penal la simple confesión del procesado, pero además obliga a probar al reo, la parte débil dentro del proceso, los actos de tortura, que evidentemente se procuran ocultar por la autoridad.

Dos años después, en junio de 1957, se establece que, de las declaraciones que hubiese vertido al reo, la primera (que generalmente se rendía ante la policía investigadora o el ministerio público), es a la que debería dársele mayor valor, porque al estar "desprovista de toda

[22] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LIV. Página: 978.

[23] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXIII. Página: 16.

[24] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Primera Sala. Informe 1955. Página: 37.

tendencia", es la que representa la verdad.[25] Se observa cómo en esta tesis, el Poder Judicial Mexicano, violenta el derecho de defensa del reo, al determinar que la declaración que no se rindió dentro del debido proceso, es a la que debe dársele valor probatorio.

En criterios emitidos los días 19 y 20 de enero de 1961, acudió la Corte al principio de inmediatez procesal, dándole un sentido que no tiene, pero conveniente en cuanto a las circunstancias de un sistema penal ineficiente que obligaba a tomar a la confesión, generalmente obtenida a través de violencia, como el elemento primordial para poder emitir una sentencia, en estos criterios menciona textualmente: "Por el principio de inmediación a los hechos, las primeras declaraciones deben aceptarse en cuanto a su veracidez y validad y validez, por inferirse su espontaneidad, y por el contrario debe recelarse de las ulteriores , porque en ellas puede presumir la meditación o el consejo técnico preparado por la defensa, a menos que se demuestre la causa evidente que fundamente la ratificación, modificación o retractación de las originales deposiciones". La otra tesis menciona: "El principio jurídico de la inmediatez en el proceso reconoce mayor veracidad a la primera declaración, por ser más espontánea y producirse a raíz de que los acontecimientos tuvieron lugar.[26] "

Se destaca del anterior criterio la negación que la Corte hace del derecho de defensa al establecer que tienen mayor validez las actuaciones practicadas en ausencia de un debido asesoramiento y de la información necesaria para poder ejercer en forma correcta el derecho de contradicción.

Es evidente que todos los criterios que han sido analizados se aplicaban por los tribunales del país, aún y cuando no fuesen obligatorios por constituir exclusivamente precedentes, sin embargo, por el hecho de derivar del máximo órgano judicial, constituían una guía para las decisiones de los jueces penales, pues esto no se atreverían a contradecir o sustentado por la Suprema Corte, ante la muy evidente posibilidad de

---

[25] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial De La Federación,* Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXXXII. Página: 400.

[26] Ambas tesis son visibles en Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Primera Sala. Segunda Parte, XLIII. Página: 37.

que los recursos que interpusiera la parte acusadora revocarían sus decisiones.

Ante las circunstancias anteriores, derivó Jurisprudencia Firme, que transformó en norma jurídica obligatoria, suficiente para sustentar lsentencias condenatorias, aplicable a todos los casos en que la prueba con la que se contase en el proceso penal fuese la confesión del reo, independientemente de la forma como esta se hubiese obtenido. La norma jurisprudencial de que se habla, menciona lo siguiente:

"CONFESION. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO. De acuerdo con el principio procesal de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores.[27] "

Es conveniente destacar que la referencia al principio de inmediatez procesal que refiere la tesis mencionada, es contraria a la naturaleza aceptada doctrinalmente de esta figura procesal y que ha sido considerada como la relación directa del juez con las pruebas y las partes, conforme se observa de la referencia que en lo particular hace Ampuero García, mencionando: "El principio de oralidad, a la par que el principio de inmediatez, asegura no solo la presencia de los sujetos procesales en la sustanciación del juicio penal, sino que relaciona a los sujetos procesales con los medios de prueba o evidencias. El ejercicio conjunto de la oralidad y la inmediación hace propicio ejercer el principio de contradicción. La práctica de los principios de oralidad, inmediación y contradicción produce las pruebas del proceso penal, actividad que a su vez legitima las funciones de acusación, defensa y jurisdicción.[28] "

La posición de la Suprema Corte de Justicia de validar las declaraciones rendidas sin el debido derecho de defensa con sustento en su interpretación del principio de inmediatez procesal, se daba aún y cuando en la misma época en diversas tesis había sostenido un criterio correcto de dicho principio procesal, aunque aplicado a la materia civil,

[27] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia. Sexta Época, Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte SCJN. Tesis: 106. Página: 60.

[28] Ampuero García, Jaime, "Ventajas y desventajas de la oralidad y su instauración en el jucio penal boliviano", Publicado en .*Oralidad en el Proceso Penal y Justicia Penal Alternativa. Jornadas Iberoamericanas,* Instituto nacional de Ciencias Penales. México, 2003, p. 74.

cuando privaba de validez las pruebas rendidas ante notario, sin la debida presencia judicial y el correspondiente derecho de audiencia para la garantía de defensa, mediante tesis emitida en 1959, en la que refiere:

"NOTARIOS, ALCANCE DE LA FE PUBLICA DE LOS. La fe pública que tienen los notarios no sirve para demostrar lo que está fuera de sus funciones ni menos para invadir terrenos reservados a la autoridad judicial, como evidentemente lo está la recepción de una prueba testimonial. En efecto, ésta necesariamente y por disposición de la ley, debe prepararse en tiempo y forma y recibirse con citación de la contraria para que ésta esté en condiciones de repreguntar o tachar al testigo, lo que naturalmente sólo puede hacerse en el juicio, tanto más si se tiene en cuenta que conforme al conocido principio procesal de la inmediatez, el Juez debe tomar contacto directo con el declarante para que, al través de tal contacto, esté en aptitud de darse mejor cuenta del grado de veracidad con que éste declara.[29] "

Posteriormente en el año 1968, reitero el criterio del principio de inmediatez de que se ha venido hablando, como el contacto directo del juez con las partes y las pruebas, al analizar el valor de la prueba testimonial.[30]

Se observa de lo anterior, como la Suprema Corte de Justicia en México, sostuvo criterios contradictorios respecto a la naturaleza del principio de inmediación procesal, en materia civil, considerando a este como la relación directa del juez con las pruebas y las partes, en garantía de un debido proceso; pero, en materia penal, fijando un criterio cronológico que interpreta que la inmediación procesal se refiere al momento en que la confesión del reo se da, para así establecer a esta prueba un valor desmesurado que sustentó las ineficiencias del sistema de procuración de justicia.

La fuerza que el sistema judicial mexicano ha otorgado a la práctica de la tortura como un instrumento de investigación ha sido resaltada y criticada por la Comisión Interamericana de Derechos

[29] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Materia Común, Sexta Época, Tercera Sala, Cuarta Parte, XXI. Página 133.

[30] Esta tesis fue publicada bajo el rubro: "Divorcio. Valor de la prueba testimonial de parientes, amigos o domésticos." Se encuentra visible en: Suprema Corte de justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Materia civil. Séptima época. Tercera sala. Cuarta parte. Página: 21

Humanos, al mencionar que: "La práctica de la tortura como método de investigación policíaca, se ve aumentada por la fuerza jurídica que el sistema jurídico mexicano otorga a la primera declaración del presunto inculpado, la cual como ya se ha dicho en el presente informe, no es recabada por el juez, sino por el Ministerio Público. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia mexicana incluso ha establecido que ante dos declaraciones de un inculpado en diverso sentido, debía prevalecer la declaración inicial: … Esta tesis ha sido calificada erradamente en México, como la de "inmediación procesal"; sin embargo ésta solo tiene lugar jurídicamente, cuando el propio juez presencia los actos procesales. … La experiencia histórica ha demostrado fehacientemente, que al otorgar efectos probatorios a las declaraciones extrajudiciales, o realizadas durante la etapa de investigación del proceso, se ofrece un aliciente a las prácticas de tortura, en cuanto la policía prefiere ahorrar esfuerzos de investigación, y obtener del propio inculpado la confesión de su crimen. ….[31] "

3. La situación actual de la tortura en México.

Esta postura del sistema judicial, empieza a ceder en el año 1994 cuando se rompe con la rigidez interpretativa que se había dado, así el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, determinó que el principio de inmediatez no podría tener validez cuando de los elementos de prueba se pudieran desprender circunstancias que rompieran con el mismo.[32]

En el 2006, se determina por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia firme que establece interpretación del derecho de defensa, en el sentido de que las declaraciones rendidas por el inculpado sólo podrán tener valor probatorio cuando se haya cumplido con este derecho no sólo de manera formal, a través de la presencia de su defensor, sino de manera efectiva

[31] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México,* 1998. Párrafos: 309 a 311.

[32] *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo 86, febrero de 1995, página 43.

mediante la oportunidad de la intervención conjunta del defensor y el inculpado.[33]

El análisis de precedentes antes realizado nos permite concluir que prácticamente, durante todo el siglo XX, en México, la tortura fue una práctica indagatoria admitida por el sistema de justicia y no es sino hasta el presente siglo que empezamos a ver resultados en la lucha contra esta actividad denigrante del ser humano.

Por lo que se refiere al ámbito legislativo y a pesar que nuestro país suscribió la "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes", desde el 16 de abril de 1984, las reformas han sido lentas; como ya vimos, es hasta 1991 que, en materia federal, se promulgó la "Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura" y hasta septiembre de 1993 la prohibición de la tortura como medio para la obtención de pruebas en el proceso penal, se elevó a rango constitucional, al reformarse la fracción II del artículo 20 Constitucional.

Sin embargo, estos resultados no son totales pues observamos que los organismos internacionales hacen referencia a la existencia actual de la práctica de la tortura en nuestro país.

Amnistía Internacional, en informe sobre la tortura en México, emitido en marzo del 2003, menciona lo siguiente: "La tortura es el más flagrante de los abusos a que se cometen en cadena contra muchos individuos atrapados en el sistema de justicia penal mexicano. Desde el momento en que el individuo es detenido arbitrariamente hasta que resulta condenado sobre la base de una confesión obtenida mediante tortura, las garantías que establecen las normas internacionales ratificadas por el gobierno mexicano para la realización de juicios justos se vulneran de manera sistemática y constante. Tal injusticia se agrava por el hecho de que los mecanismos judiciales que permiten a los individuos tratar de obtener un remedio efectivo y recurrir contra una condena sobre la base de que su confesión ha sido obtenida mediante

[33] *Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta,* Novena época. Tomo XXIII, de mayo del 2006. Página 132.

coacción son limitados, en la práctica, deplorablemente insuficientes.... El hecho de que el uso de tortura quede impune y se siga condenando a sospechosos, en función de confesiones obtenidas mediante coacción, propicia el uso continuado de la tortura como método de investigación y demuestra que muchos de los diversos elementos del sistema judicial, policía, agentes del ministerio público, defensores, jueces y funcionarios aceptan esta para aplicarla, abierta o tácitamente...[34]" Sobre el derecho a la defensa y la tortura, refiere la circunstancia de que: "Para la inmensa mayoría de los casos de menor trascendencia, no existe actualmente un mecanismo eficaz que permita a los acusados recurrir contra su condena sobre la base de que se ha conculcado su derecho a un juicio con las debidas garantías, en particular si se ha admitido como prueba una confesión obtenida mediante coacción.... la situación respecto a la administración de justicia es todavía peor en el ámbito estatal, donde numerosos factores impiden que los afectados obtengan justicia. Si los presuntos autores en los actos de tortura son agentes estatales o municipales, la investigación de las denuncias es prácticamente insólita y más todavía el procesamiento y la condena de los responsables[35] ".

Debe apreciarse que del 2003 al 2007, se dieron avances en nuestro país sobre este tema, lo que se puede observar en el análisis del informe presentado ante el Comité contra la Tortura, de la Organización de las Naciones Unidas, en el que se destacan los aspectos positivos de la lucha contra la tortura entre los que cabe destacar la adhesión de México a una serie de instrumentos internacionales, los esfuerzos en materia de capacitación sobre la prohibición de la tortura y la protección de los derechos humanos, la implementación del Protocolo de Estambul y el monitoreo realizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos para evitar la tortura.[36]

---

[34] Amnistía Internacional. MÉXICO, "Juicios injustos: tortura en la administración de justicia". Página 5. Versión electrónica visible en: http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR41/007/2003/es/d96527c9-a3dc-11dc-9d08- 145a8145d2b/amr410072003es.pdf [Consultado el 8 DE MARZO 2008].

[35] Obra citada página 8.

[36] Organización De Las Naciones Unidas. Comité contra la Tortura. 37° Período de Sesiones. CAT/C/MEX/CO4. 6 de febrero del 2007. Pag. 2. Visible en: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/317ab54d16e0e6aac1256bdd0026bd27/368b95356ee75621c12572800052e338/$FILE/G0740334.pdf [Consultado el 15 de octubre del 2007]

No obstante lo anterior, México se encuentra desde hace mas de dos años en un situación de combate al crimen organizado que ha creado una grave inseguridad, la intervención del ejercito en funciones de seguridad pública, es vista como un mal necesario, ante la incapacidad de los cuerpos policiales para la lucha contra las organizaciones criminales que cuentan con un alto nivel de capacidad económica, logística y armamentista; sin embargo las fuerzas armadas, tienen una limitada capacitación en el área de lucha contra el crimen y las quejas en contra de estas por violaciones a derechos humanos, han aumentado en forma exponencial. En comunicado de prensa de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de 9 de Marzo del 2009, se menciona: "Ante el incremento de quejas por presuntas violaciones a derechos humanos en que incurren elementos de las fuerzas armadas, el Ombudsman nacional, José Luis Soberanes Fernández, urgió al jefe del Ejecutivo Federal a definirse a la brevedad sobre las formas en que el Ejército dejará paulatinamente de participar en labores directas de seguridad pública que, por ley, deben realizar las policías federal, las estatales y municipales.[37] "

Por otro lado se observa un crecimiento exponencial de las recomendaciones que la referida oficina del Ombudsman ha emitido en los últimos años en contra de la Secretaría de la Defensa Nacional, entre los años 1999 a 2007, emitió 25 recomendaciones; en el año 2008, fueron catorce las recomendaciones emitidas y en el presente año 2009, se han emitido, a noviembre, treinta recomendaciones.[38]

En Diciembre del 2009, Amnistía Internacional, emitió informe sobre la actuación del Ejercito en el combate al crimen, en el que menciona: "Cada vez son más los informes de graves violaciones de derechos humanos, como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y otros homicidios ilegítimos, tortura y otros malos tratos y detención arbitraria, perpetradas por miembros del ejército mexicano." Más adelante concluye que: "... los nuevos casos del presente informe ilustran un patrón de graves violaciones de derechos humanos

[37] Visible en la página web de la comisión http://www.cndh.org.mx/comsoc/compre/2009/040.html [consultado el 27 de noviembre del 2009]
[38] Fuente: Comisión Nacional de Derechos Humanos visible en: http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/informes.htm [consultado el 27 de noviembre del 2009]

perpetradas por miembros de las Fuerzas Armadas en su desempeño de labores policiales para las autoridades civiles. Entre los abusos figuran desaparición forzada, homicidios extrajudiciales o ilegítimos, tortura y otros malos tratos y detención arbitraria. La información publicada por la SEDENA, la CNDH y algunas Comisiones de Derechos Humanos e estatales indica que esta tendencia ha aumentado significativamente en los últimos dos años[40] “.

e. El futuro de la Tortura ¿Su relatividad?

Del análisis que hemos efectuado en los párrafos precedentes sobre el tema de la tortura, se desprende que el Estado ha utilizado este[39] instrumento con alguno o algunos de los siguientes fines:

a.Como instrumento de investigación, en este caso la tortura ha sido utilizada con el objeto de obtener de la persona sometida, información relevante que permita dilucidar circunstancias que se investigan.

b.Como instrumento procesal, caso en el cual, es generalmente utilizada para obtener la confesión de la comisión de algún hecho delictivo y utilizar esta como prueba dentro del procedimiento; como vimos también, en la antigüedad se utilizaba para confirmar la veracidad del dicho del testigo.

c.Como instrumento punitivo, éste es el caso en que la tortura se utiliza con el objeto de crear un sufrimiento al individuo, generalmente para evitar de este la realización de algún tipo de conductas; el caso más común se da como procedimiento disciplinario en los centros de reclusión.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece prohibición absoluta de la aplicación de la tortura, cuando prescribe en su artículo 5, “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

---

[39] Amnistía Internacional México, *Nuevos informes de violaciones de Derechos Humanos a manos del ejército*, Editorial Amnistía Internacional. Madrid España 2009, p. 5

[40] *Op. cit.*, p. 22

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, antes mencionada, también establece la prohibición determinante de esta práctica, al regular que no pueden invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado o amenaza de guerra, inestabilidad política interior u otra emergencia pública y que igualmente no se podrán invocar orden de funcionario superior o de autoridad pública, para justificar la tortura.

Por su parte, la "Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura,[41] prescribe también esta prohibición absoluta al determinar, en su artículo 4, "El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente" y en el artículo 5, "No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha ratificado lo anterior, en los siguientes términos: "Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*.[42] La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles , tales como guerra, amenaza de lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías

[41] Aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día 16 de diciembre de 1986 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 1987.

[42] El Ius Cogens, es definido por La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, en su artículo 53 que establece: "Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.[43] ”

La veda total de la tortura, se encuentra también determinada en la legislación mexicana, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura,[44] define a esta práctica, de la siguiente manera:

“Articulo 3o.- Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad.

En el artículo sexto de la legislación federal que se comenta se establece también la circunstancia de que no pueden invocarse causas excluyentes de responsabilidad en la comisión del delito de tortura.

En Código Penal del Estado de Chihuahua, la tortura se encuentra definida en el artículo 289, que dispone: “Se impondrán de tres a doce años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, al servidor público que, en el ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas, inflija a una persona dolores o sufrimientos físicos o psicológicos, con el fin de: I. Obtener de ella o de un tercero información o una confesión; II: Castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido; III. Coaccionarla para que realice o de de realizar una conducta determinada. Las mismas sanciones se impondrán al servidor público que, en el ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas, instigue o autorice a otro a cometer tortura, o no impida a otro su comisión; así como al particular que, instigado o autorizado por un servidor público, cometa tortura.[45] ”

---

[43] Caso Tibi contra Ecuador. Sentencia de siete de septiembre del 2004. Párrafo 143. Visible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf [Consultado 12 Mayo del 2008].

[44] Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de diciembre de 1991

[45] Es criticable a esta redacción, el que se eliminan dos elementos esenciales del Delito de Tortura y que si se encuentran mencionados en la Convención contra la Tortura de la ONU, de la que se ha venido hablando. La cualidad de gravedad en los malos tratos y la circunstancia de que estos no sean inherentes o incidentales a otra sanción legal. La carencia de esta regulación deja al criterio judicial el determinar cuando los malos tratos pueden ser considerados como tortura, lo que crea una fuerte inseguridad

En lo que se refiere a la prohibición absoluta de la tortura, esta se regula en el artículo 292, que establece: "No se considerarán causas excluyentes de responsabilidad del delito de tortura, el que se invoquen o existan situaciones excepcionales como inestabilidad política interna, urgencia en las investigaciones, la orden de un superior jerárquico o cualquier otra circunstancia."

Se observa que esta prohibición absoluta de la tortura, es actualmente objeto de discusión; tres circunstancias son las que han venido a poner en tela de juicio la referida prohibición. La admisión de la Suprema Corte Israelí, en 1996, de la licitud del empleo de la fuerza contra presuntos terroristas, con el objeto de evitar un acto eminente de terrorismo; el ataque a las Torres Gemelas del World Trade Center, en la ciudad de Nueva York el 11 de septiembre del 2001 y caso Metzler-Gäfgen-Daschner que se dio en la ciudad de Frankfurt, en Alemania.

Los dos primeros casos, encuentren una justificación de la tortura en circunstancias excepcionales y de interés común, el último de los mencionados implica una circunstancia de interés particular.

En este caso,[46] el director adjunto de la policía de la ciudad de Frankfurt, ordenó, a un subordinado, que en el interrogatorio llevado a cabo el primero de octubre del dos mil dos, sobre un detenido que el día veintisiete de septiembre de ese año, había secuestrado a un niño de once años, se le amenazara con la aplicación de la violencia física si no revelaba en donde se encontraba el infante; ante la amenaza, el detenido reveló el lugar en el que se encontraba la victima, a la que se le encontró ya fallecida por haberse asfixiado con la cinta aislante con que se le ataba. Tanto el superior, como el agente que aplicó las amenazas fueron condenados por amenazar con tortura.

Los argumentos que se dieron para la defensa de este caso, fueron del siguiente tenor:[47]

Desde el aspecto del derecho público; en el sentido que la prohibición de la tortura es válida para la persecución penal, pero no para

[46] Véase: Greco, Luís, "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs", *Revista para el análisis del derecho,* Barcelona, España. 2007. Versión electrónica visible en: http://www.indret.com/pdf/423_es.pdf [Consultado el 8 de Marzo del 2008]

[47] Véase: Claus, Roxin, *¿Puede justificarse la tortura?* Instituto nacional de ciencias penales*,* México 2005.

la defensa ante un peligro; se argumentó que en el caso, la tortura no se aplicó para lograr un interrogatorio desde el punto de vista procesal, sino exclusivamente para localizar a la víctima del delito y que en el caso se justifica en tanto que el estado tienen obligación de salvaguardar a los ciudadanos, evitándoles perjuicios, aplicando la tortura únicamente con efecto indagatorio.

Otro argumento se dio en el sentido de que el Derecho Alemán permite a la policía el uso de la fuerza, inclusive letal ante un peligro inminente de muerte y esta circunstancia se utiliza como analogía para permitir la tortura a fin de salvar una vida.

También se apeló al estado de necesidad, como una causa de justificación, argumentándose que debieran de haberse ponderado los intereses en conflicto y que el interés protegido, la vida del menor, prevalecía sobre el interés menor del secuestrador, en cuanto a su propia dignidad.

Otro argumento que se planteó para la defensa de la tortura fue en el sentido de que al renunciar a aplicar la tortura en realidad se está afectando la dignidad humana no del autor del hecho delictivo, sino de la víctima del mismo y el estado no está realizando todo aquello que está a su alcance para salvar a la víctima. Entonces se establece que en cualquiera de los casos, aplicando o no la tortura, se plantea una ofensa a la dignidad humana, ya sea del autor de los hechos o de la víctima de los mismos.

La sentencia que declaró culpables tanto al jefe de la policía como a su subordinado por haber amenazado de tortura al secuestrador, provocó mucha discusión en el medio alemán, la que aún continúa.

En los casos de terrorismo, lo que se argumenta es el evidente estado de necesidad que se presenta ante el conflicto de la integridad de la persona que es considerada terrorista y el riesgo de muerte que la amenaza terrorista implica, en algunos casos, para miles de personas.

Los argumentos de defensa de la relatividad de la tortura, pueden sustentarse en las siguientes reglas excepcionales:

La regla de la caducidad, según la cual aun y cuando sea la tortura

un acto contra la dignidad humana, esto sería algo que pudiera perderse por un comportamiento precedente propio; así quien violenta al derecho da el motivo suficiente para que se extinga para el caso específico, la facultad de que se preserve su dignidad humana.

La crítica que elabora Greco, contra este argumento,se da en el sentido que este tipo de consideración nos llevaría a estimar que la dignidad ya no es un elemento que tiene el hombre *per se*, sino un elemento artificial que podrá acompañar o no al ser humano de acuerdo a aquellos actos de conducta que haya realizado y que le permitan conservar su estatus jurídico; el aceptar la regla de la caducidad, nos lleva a aceptar también la pena de muerte, la castración obligatoria a delincuentes sexuales o el irrespeto de las garantías individuales en los casos de delincuencia organizada.[48]

Se menciona también que el sustento de nuestra concepción de la dignidad humana se basa en el hecho de que es el estado el que ejerce el monopolio de la violencia y de acuerdo a la teoría política, el estado se diferencia de una banda de ladrones en el hecho de que el poder que ejerce es un poder legítimo, pero corresponde al estado justificar esta afirmación desde una perspectiva jurídica y moral; esto ha variado de acuerdo al momento histórico, en algunos casos el título de justificación derivaba de la propia divinidad que atribuía el poder a quien lo ejercía, en otros casos se ha tratado de justificar a través de una sociedad depurada racialmente o de una sociedad sin propiedad privada; en el estado actual esta legitimación para el uso del poder deriva del hecho de ejercerlo en nombre de la sociedad, es decir los propios destinatarios del uso del poder son quienes justifican el ejercicio del mismo.

Regla consecuencialista, de acuerdo a este pensamiento, la tortura podría justificarse por las consecuencias que esto pudiera tener, como en el caso de una acción terrorista en la que se encuentran en riesgo decenas de miles de vidas. Esto sería la aceptación implícita de la regla de los costos en donde la dignidad solamente podrá respetarse cuando loscostos de este respeto no exceden ciertos límites de importancia. Greco rechaza esta regla en cuanto que no existiría un límite para

[48] *Op. cit.*, p. 11

protección a la personalidad humana, pues si ésta se somete al interés ajeno, pudiera pensarse ya no en torturar exclusivamente al terrorista sino también a sus hijos para que aquél hablase.[49]

Las reglas antes mencionadas tienen un substrato que es el fundamento final de aquellas que sostienen la relatividad de la tortura; éste se encuentra en el monopolio de la violencia que tiene el Estado y que deriva también en la obligación de ejercer dicha violencia cuando sea necesario proteger a la sociedad o a los individuos en particular. Es por ese motivo que se argumenta el que el estado tiene el deber de ejercitar la tortura para ejercer la legítima defensa de terceros o cuando se presenta en conflicto de intereses resolviendo, por necesidad, a favor del más importante de ellos.

Quienes sostienen la prohibición absoluta de la tortura, alegan lo siguiente: la dignidad es un principio inherente y propio de la naturaleza humana y, por consecuencia, absoluto, por ende, no pueden existir excepciones a este principio y al ser la tortura una actividad que elimina la dignidad, para transformar al individuo en un instrumento, indudablemente, contraría a aquel. El otro argumento que se establece, es de naturaleza eminentemente práctica y suele llamarse "*rompimiento del dique"* y se hace consistir en la circunstancia de que, una vez aceptada alguna excepción para aplicar la tortura, se abre el camino para otras excepciones y por tanto, para el autoritarismo estatal. Un último argumento se sustenta en el principio de presunción de inocencia, pues la aplicación de sufrimientos para obtener información de una persona implicándole la comisión de un acto ilícito, evidentemente rompe con el referido principio.

Es conveniente resaltar que la discusión sobre la posibilidad de aplicar la tortura, se ha concentrado a los casos en que la tortura se utilice como un método de indagación (eliminándose los casos de tortura procesal y punitiva) y con fines de rescate, cuando se encuentran en evidente y grave peligro vida o vidas humanas.

---

[49] *Op. cit.*, P. 12

4. Conclusiones.

La tortura ha sido un instrumento utilizado, a través de la historia del ejercicio del poder, con fines de investigación, procesales o punitivos.

En México, durante prácticamente todo el siglo XX, la tortura fue una práctica común del sistema penal sustentada por los Tribunales del país.

Lo anterior obedeció a la carencia de un sistema policial y de procuración de justicia capacitado; por lo que es necesario redoblar los esfuerzos, para fortalecer estos sistemas. Evitando con esto el tener que volver a prácticas denigrantes y autoritarias que no pueden formar parte de un México moderno.

La discusión sobre la relatividad de la tortura, está en la mesa y si bien, de momento, la normatividad internacional y en el caso de nuestro país, la normatividad interna, establecen prohibición absoluta de la tortura; en el horizonte se vislumbra un derecho penal excepcional para combatir a la delincuencia organizada, de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, norma internacional obligatoria en nuestro país[50], y en cuya aplicación se observan regulaciones de carácter específico para este tipo de actividad delincuencial, planteadas en la Constitución General de la República, como el arraigo previsto en el octavo párrafo del artículo 16; la duplicidad del término de arresto por el Ministerio Público planteado en el décimo párrafo de la misma disposición o regulación específica en los sistemas penitenciarios establecida en los párrafos octavo y noveno del artículo 18; la prisión preventiva oficiosa y la interrupción del plazo para la prescripción penal, planteadas en el artículo 19; la reserva de identidad de acusador en artículo 20 inciso B, fracción tercera; y otras disposiciones de la propia Constitución. Todo esto plantea la posibilidad de la existencia de un derecho penal de excepción, lo que llama la atención sobre la necesidad que nuestro sistema criminal sea en extremo

[50] Aprobada por el Senado del País el 22 de Octubre del 2002, según publicación en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación el Viernes 11 de Abril del 2003.

cuidadoso para evitar el volver a las prácticas inhumanas que durante mucho tiempo le caracterizaron.

FUENTES:

AMNISTÍA INTERNACIONAL. ·"México. Nuevos informes de violaciones de Derechos Humanos a manos del ejército. Editorial Amnistía Internacional. Madrid España 2009. ·"México. Juicios injustos: tortura en la administración de justicia". Página 5. Versión electrónica en http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR41/007/2003/es/d96527c9-a3dc-11dc-9d08- 145a8145d2b/amr410072003es.pdf [Consultado el 8 DE MARZO 2008]

AMPUERO GARCÍA JAIME. "Ventajas y desventajas de la oralidad y su instauración en el juicio penal boliviano". Publicado en: "Oralidad en el Proceso Penal y Justicia Penal Alternativa". Jornadas Iberoamericanas. Instituto nacional de Ciencias Penales. México. 2003.

BECCARIA CESARE. "Tratado de los delitos y de las penas". §. XVI Del Tormento. Editado por Centro de publicaciones Ministerio de Justicia y Biblioteca Nacional Ministerio de Cultura, Madrid, 1993. Versión electrónica visible en: www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre2/_2001/libert/modulo1/clase3/doc/delitos.doc [consultado el 21 de marzo del 2008]

BRAVO AGUILAR NAUHCATZIN TONATHIU."El santo oficio de la inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su procedimiento". Artículo publicado el: Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Universidad nacional autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Numero 16 año 2004. Versión electrónica visible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/16/art/art4.pdf [consultado el tres de marzo del 2008]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Organización de los Estados Americanos.
Informe sobre la situación de los derechos humanos en México. 1998
.http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98sp/indice.htm [consultado 31 mayo 2008]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Organización de los Estados Americanos.
Caso Tibi contra Ecuador. Sentencia de siete de septiembre del 2004. Versión electrónica visible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf [Consultado 12 Mayo del 2008].

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS:
·Comunicado de Prensa de 9 de Marzo del 2009. Visible en http://www.cndh.org.mx/comsoc/compre/2009/040.html [consultado el 27 de noviembre del 2009].
·Relación de informes 1990-2006. Visible en http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/informes.htm [consultado el 27 de noviembre del 2009].

CRUZ BARNEY OSCAR.
·"Historia del derecho en México". Oxford University Press. Segunda edición. México 2004.
·"La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación"- Instituto De Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, número 180. Universidad Nacional Autónoma De México. México 2004.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 37° Período de Sesiones. CAT/C/MEX/CO4. 6 de febrero del 2007. Pag. 2. Versión electrónica http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/317ab54d16e0e6aac1256bdd0026bd27/368b95356ee75621c12572800052e338/$FILE/G0740334.pdf [Consultado el 15 de octubre del 2007]

BRAVO AGUILAR NAUHCATZIN TONATHIU. "El santo oficio de la inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su procedimiento". Artículo publicado el: Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Universidad nacional autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Numero 16 año 2004. Versión
electrónica
http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/16/art/art4.pdf [consultado el tres de marzo del 2008]

FLORIS MARGADANT GUILLERMO.
"La iglesia ante el Derecho Mexicano, esbozo histórico- jurídico". Miguel ángel Porrúa, grupo editorial, México 1991 (edición emanada de la obra publicada por el título "La Iglesia Mexicana y El Derecho" editada en 1984).

CRUZ BARNEY OSCAR. "Historia del derecho en México". Oxford University Press. Segunda edición. México 2004.
·"La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación"- Instituto De Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, número 180. Universidad Nacional Autónoma De México. México 2004.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 37° Período de Sesiones. CAT/C/MEX/CO4. 6 de febrero del 2007. Pag. 2. Versión electrónica http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/317ab54d16e0e6aac1256bdd0026bd27/368b95356ee75621c12572800052e338/$FILE/G0740334.pdf [Consultado el 15 de octubre del 2007]

BRAVO AGUILAR NAUHCATZIN TONATHIU. "El santo oficio de la inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su procedimiento". Artículo publicado el: Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Universidad nacional autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Numero 16 año 2004. Versión
electrónica

http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/16/art/art4.pdf [consultado el tres de marzo del 2008]

FLORIS MARGADANT GUILLERMO. "La iglesia ante el Derecho Mexicano, esbozo histórico- jurídico". Miguel ángel Porrúa, grupo editorial, México 1991 (edición emanada de la obra publicada por el título "La Iglesia Mexicana y El Derecho" editada en 1984).

FLORIS MARGADANT GUILLERMO. "Panorama de la historia universal del derecho". Segunda reimpresión, Miguel Ángel Porrúa, México, 2004.

GUDÍN RODRÍGUEZ– MAGARIÑOS FAUSTINO. "Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito". Boletín de información del Ministerio de Justicia de España. Año 60, número 2021, 2006.

GRECO LUÍS. "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs". Revista para el análisis del derecho. Barcelona, España. 2007 . Versión electrónica visible en: http://www.indret.com/pdf/423_es.pdf [Consultado el 8 de Marzo del 2008]

MARÍN TELLO, MARÍA ISABEL. "El debate sobre la tortura en la segunda mitad del siglo XVIII". Publicado en el Anuario mexicano de historia del derecho. Numero 18 . Año 2006. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Versión electrónica http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/18/pr/pr14.pdf [Consultado ocho de marzo del año 2008]

MONTESQUIEU, BARÓN DE. "El espíritu de las leyes". Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid 1906.

PLASCENCIA RAÚL. "La Tortura y su tipificación en el ámbito nacional e internacional". En Memoria del Foro sobre la Tortura en México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Primera edición. México. 2002.

ROXIN CLAUS. ¿Puede justificarse la tortura? Instituto nacional de ciencias penales. México 2005.

BRAVO AGUILARNAUHCATZIN TONATHIU. "El santo oficio de la inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su procedimiento". Artículo publicado el: Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Universidad nacional autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Numero 16 año 2004. Versión electrónica visible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/16/art/art4.pdf [consultado el tres de marzo del 2008]

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Semanario Judicial de la Federación:

·Quinta Época. Pleno. Tomo XII. México 1923.
·Quinta Época. Primera Sala. Tomo XXXI. México 1931.
·Quinta Época. Primera Sala. Tomo LIV. México 1937.
·Quinta Época. Primera Sala. Tomo LXXIII. México 1942.
·Quinta Época. Primera Sala. Informe 1955. México.
Quinta Época. Primera Sala. Tomo CXXXII. México 1957.
·Sexta Época. Primera Sala. Segunda Parte, XLIII. México 1961.
·Sexta Época. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte SCJN. Tesis: 106. México.
·Sexta Época. Tercera Sala. Cuarta Parte, Tomo XXI. México 1959.
Séptima Época. Tercera Sala. Cuarta Parte. México 1968.
·Octava Época, tomo 86, febrero de 1995, México.
·Novena época. Tomo XXIII, de mayo del 2006. México.

Compila VII Tratados.

Disco Óptico que contiene los Tratados y demás Instrumentos Internacionales celebrados por los Estados Unidos Mexicanos y su correlación con las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD.

Caso: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.
Análisis del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

MARVIN ALBERTO ORTÍZ CASTILLO.*[1]

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. A.- ANTECEDENTES DEL CASO. B.- PROBLEMÁTICA. III.- DETERMINACIÓN DEL MÉTODO HERMENÉUTICO SEGUIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN LA SENTENCIA DICTADA EL SEIS DE AGOSTO DE 2008. A.- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL. B.- EL DERECHO POLÍTICO A SER ELEGIDO. C.- EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. IV.- EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD. A.- CONSIDERACIONES PREVIAS. B.- CONCEPTO Y FUNCIONAMIENTO DEL TEST DE RAZONABILIDAD. C.- APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD. V.- CONCLUSIÓN. VI.- BIBLIOGRAFÍA

I.- Introducción.

En las últimas décadas, y como primera aparición en los países de vanguardia jurídica y judicial, se ha puesto especial atención a la actividad de los jueces y al aspecto argumentativo en la aplicación del derecho. La segunda guerra mundial, como coyuntura histórica dejó, tras su doloroso paso, un nuevo auge en la vida política y jurídica que vigilaba aquella exigencia de fundar y m

La insatisfacción de que los derechos no eran esferas de protección asequibles y la falta de mecanismos efectivos de acceso a la justicia, produjeron la cada vez mayor exigencia de fundar y motivar los fallos judiciales, superando aquellas viejas prohibiciones de los siglos anteriores que veían en la motivación una excusa para que la parte perdedora deseara revocar o debatir las decisiones de los jueces.

En la actualidad las complejas sociedades con interrelaciones del ámbito privado con el público, la igualdad y la discriminación, la

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua; Maestro en Derecho por la UNAM; Doctorando en Derecho por la Universidad Panamericana. Servidor Público de Carrera Titular. Profesor en la Escuela de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Panamericana.

autonomía de la persona, el multiculturalismo y las diversas normativas del sector privado, producen que la actividad judicial se torne cada vez más especializada y eficiente para tener una solución a los problemas de la nueva cotidianeidad. Sumado a ello, la actividad judicial en un Estado Democrático tiene como requisito que se expresen con claridad las razones que condujeron a la toma de decisión. Por ello se exige que la motivación proporcione al interesado las indicaciones necesarias para saber si la decisión está, o no, bien fundamentada y, por otra parte, permitir el control de la legalidad.

Sin embargo, concluir que la actividad jurisdiccional se reduce a estos dos esquemas de fundamentación y motivación sería un reduccionismo del complejo modelo de tomar una decisión. Aquí es donde los diversos métodos hermenéuticos cobran vigencia, pues su finalidad será interpretar qué es cada derecho constitucional y sobre todo decidir sobre los aparentes conflictos entre derechos fundamentales. En efecto, los diversos métodos interpretativos pueden verse como la pretensión de solucionar la vieja disputa entre las distintas concepciones de los jueces, como meros aplicadores del derecho, que serían en palabras de Montesquieu "*…el instrumento que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*[1]*"*, y la visión del juez que reivindica la función jurisdiccional como una actividad de tipo valorativo, donde el juez es el factor central en la adjudicación de deberes y derechos.

Asimismo, los métodos hermenéuticos y la argumentación que éstos conllevan, responden a la crisis metodológica de un tipo de positivismo jurídico, y representan el intento de proporcionar nuevas bases metódicas para evitar que la decisión sea producto de la arbitrariedad o aún, cuando se cumpla con la fundamentación y motivación, es probable que no se muestre con claridad el por qué se llegó a tal conclusión, es decir, dejando sin justificar el seguimiento de tal razonamiento judicial.

No obstante lo anterior, es importante advertir que como factor común de los más difundidos métodos hermenéuticos para resolver lo

[1] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1985, libro XI "De la Constitución de Inglaterra", p. 112.

expuesto, a saber, el de la jerarquización de los derechos y el de la ponderación –balancing test-, nos encontramos con la invariable coyuntura que trae consigo un conflicto o colisión entre derechos fundamentales, y lo que es peor, una decisión que por lo general deviene en el sacrificio de uno de esos derechos en favor de la asunción del otro.

Como alternativa a lo anterior, el Dr. Fernando M. Toller nos propone los principios de un método de interpretación por el cual, a decir suyo, a partir de un esfuerzo hermenéutico más o menos arduo, será posible arribar a decisiones que armonicen los derechos aparentemente enfrentados o en conflicto, sin necesariamente sacrificar alguno de ellos, así como también resolver justamente los conflictos entre derechos individuales y bienes públicos.

Pues bien, el objeto del presente trabajo versa precisamente, sobre el análisis de uno de esos casos en los que aparentemente dos derechos fundamentales se encuentran enfrentados o en colisión y, particularmente, sobre el estudio del fallo judicial que dirime dicho conflicto, a saber, el caso de Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, y el análisis de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el seis de agosto de 2008.

Para lo anterior, en las siguientes líneas se propone un primer apartado que nos permita conocer los antecedentes del caso "Castañeda Gutman", y sobre todo, tratar de precisar cuáles son los derechos cuyo reconocimiento sostienen cada una de las posturas en conflicto o colisión. Posteriormente llevaremos a cabo un análisis del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, buscando desentrañar el sentido del mismo a efecto de poder determinar cuál fue, de haberse seguido alguno, el método hermenéutico utilizado en dicha "creación judicial". Finalmente, y luego de establecer tanto el concepto como el funcionamiento del llamado test de razonabilidad, verificaremos su aplicación a cada una de las pretensiones de las partes, pretendiendo encontrar el contenido esencial de los derechos aludidos o pretendidos en las mismas, lo que a su vez nos permita arribar a una determinación justa que dé a cada uno lo suyo, esencia ésta del derecho y más concretamente de la función judicial.

II.- El Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.

El caso que estamos próximos a analizar, representa sin duda un hito histórico para el constitucionalismo mexicano y, en general, un hecho sin precedentes para el sistema jurídico nacional en su conjunto. Lo anterior es así, ya que fuera del debate que en sí misma implica la litis planteada por el C. Jorge Castañeda Gutman, lo cierto es, que el propio procedimiento seguido por él, representa un trayecto poco explorado por los abogados mexicanos, es decir, realmente son muy escasas las ocasiones en que dirigimos nuestra mirada hacía los instrumentos internacionales de que México es parte, y sobre todo, hoy más que nunca se hace necesario comprender, que con base en la voluntad de los Estados y a través de los tratados internacionales y resoluciones de organismos internacionales, como este caso, se ha creado una amplia red de normas jurídicas que protegen los derechos fundamentales.

Lo anterior significa, entre otras cosas, que el Estado no es libre para tratar a su población como lo desee y que existe un orden público internacional por virtud del cual el concepto de soberanía interna encuentra sus limitaciones, mismas que corresponden a los derechos del hombre protegidos a nivel internacional.

a.- Antecedentes del caso.

El 5 de marzo de 2004, el C. Jorge Castañeda Gutman presentó ante el Instituto Federal Electoral (en adelante: IFE), una solicitud de registro como candidato independiente en las elecciones para elegir al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para el período 2006-2012. En respuesta a dicha solicitud, mediante escrito del 11 de marzo de 2004, la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos del IFE, informó al señor Castañeda Gutman que no era posible atender su petición en los términos solicitados. Como fundamento de dicha decisión, el IFE citó, entre otras disposiciones, el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (en adelante:

COFIPE) que establece que: "…corresponde únicamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular", citando además jurisprudencia del Tribunal Federal Electoral (en adelante: TRIFE) del 25 de octubre de 2001, en la cual se señala que: "…no resulta inconstitucional ni violatoria del derecho internacional la negativa del registro como candidato independiente con base en una disposición legal que establece que sólo los partidos políticos tienen derecho a postular candidatos a los cargos de elección popular […]".

Asimismo, el IFÈ afirmó que: "*...el derecho a ser postulado y ser votado para ocupar un cargo de elección popular a nivel federal, sólo puede ejercerse a través de alguno de los partidos políticos nacionales que cuenten con registro ante el Instituto Federal Electoral", y además, que el COFIPE "indica el plazo para el registro de candidaturas para Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que abarca del 1º al 15 de enero del año de la elección* [3] *".*

Contra dicho pronunciamiento del IFE, el señor Castañeda Gutman presentó el 29 de marzo de 2004 una demanda de amparo ante el Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal. El quejoso fundamentó su amparo con base en los siguientes argumentos: a) infracción de las garantías individuales de ejercicio de la libertad de trabajo y participación en el desarrollo del régimen democrático de la vida política nacional; b) violación de la garantía individual de igualdad ante la ley; y c) trasgresión de la garantía individual de libertad de asociación, todos con base en nuestra Constitución Política. Dicho asunto fue admitido el 30 de marzo del mismo año.

---

[2] Criterio sostenido por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en su tesis relevante S3EL048/2002, cuyo rubro es el siguiente: "CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. LA NEGATIVA DE REGISTRO CON BASE EN UNA DISPOSICIÓN LEGAL QUE ESTABLECE QUE SÓLO LOS PARTIDOS POLÍTICOS TIENEN DERECHO A POSTULAR CANDIDATOS, NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NI LOS TRATADOS INTERNACIONALES (Legislación de Michoacán). Revista Justicia Electoral 2003, Tercera Época, suplemento 6, pp. 94-95.

[3] El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) fue abrogado y sustituido por un nuevo código que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 2008. El artículo 175 y otros, a los que se hace referencia en este documento de trabajo, son los vigentes al momento de los hechos y los cuales estuvieron contenidos en el código publicado el 15 de Agosto de 1990.

Posteriormente, el 16 de julio de 2004 el referido Juzgado Séptimo de Distrito resolvió declarar improcedente el juicio de amparo interpuesto por el señor Castañeda en virtud de "*...la improcedencia constitucional que se deriva del 105 Constitucional, fracción II, párrafo tercero, [que] establece [...] que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la acción de inconstitucionalidad"*.

En contra de dicha determinación, el 2 de agosto de 2004 el señor Castañeda Gutman interpuso un recurso de revisión. Sin embargo, como dicho recurso planteaba cuestiones legales y constitucionales, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al que correspondió el conocimiento del recurso, resolvió mediante sentencia de 11 de noviembre de 2004 las cuestiones legales, y planteó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerciera su facultad de atracción sobre las cuestiones constitucionales.

Es así como los días 8 y 16 de agosto de 2005, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la sentencia recurrida y resolvió declarar improcedente el amparo en revisión respecto de los artículos 175, 176, 177, párrafo 1, inciso e, y 178 del COFIPE, cuya constitucionalidad cuestionaba el señor Castañeda, sin entrar a analizar el fondo de la cuestión. Igualmente, la Suprema Corte resolvió declarar improcedente el amparo respecto de la decisión del Director Ejecutivo de Prerrogativas y Partidos Políticos del IFE que consta en el escrito de 11 de marzo de 2004, y que había motivado el juicio de garantías del señor Jorge Castañeda Gutman. Nuestra Suprema Corte consideró, entre otras cosas, que:

> *"... la facultad de resolver sobre la contradicción de normas electorales a la Constitución Federal, está plenamente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que el Tribunal Electoral conocerá respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que esa interpretación no sea para verificar la conformidad de una ley*

electoral con la Constitución"; ya que "...precisamente se busca dar certeza a las reglas que regirán el proceso electoral, a partir del establecimiento de un medio de control constitucional denominado Acción de Inconstitucionalidad, (...) y, por consiguiente, se obligó a órganos legislativos federal y locales, a expedir las leyes electorales cuando menos noventa días antes, de que tenga lugar el proceso electoral, a fin de que, de llegar a declarar la Suprema Corte la invalidez de esa norma, de tiempo a que sea modificada por el legislador y debido a tal sistema, se tenga certeza de cuáles son las disposiciones aplicables y de que ya no serán modificadas durante el desarrollo del proceso electoral[4]*".*

Ante tal determinación, el C. Castañeda decidió acudir ante las instancias internacionales y el 12 de octubre de 2005 presentó una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH) a efecto de que fueran analizadas posibles violaciones a sus derechos humanos.

Por otra parte, del 1º al 15 de enero de 2006, transcurrió la etapa de recepción de solicitudes de los aspirantes y el registro que otorga a los participantes la calidad de candidatos al cargo a la Presidencia. El C. Castañeda Gutman no presentó su solicitud de registro como candidato al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en el periodo legalmente establecido para ello y ante la autoridad competente (IFE).

El 26 de octubre de 2006 la Comisión aprobó el Informe de admisibilidad y fondo No. 113/06, en los términos del artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: la Convención), el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado mexicano.[5] Este informe fue notificado a nuestro país el 21 de diciembre de 2006 y se le concedió un plazo de dos meses para que

[4] Al respecto, véase el contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 16 de agosto de dos mil cinco. Consultable en la dirección electrónica: http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/75728460-DF7B-43ED-8C4D-3C5AA7CEF9DB/0/PL050816.pdf (acceso el 15-VI-09).

[5] Véase el punto 1, del apartado denominado: Introducción de la Causa y Objeto de la Controversia, en la Sentencia de fecha 6 de agosto de 2008, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos..

informara sobre las acciones emprendidas con el propósito de implementar las recomendaciones de la Comisión. Tras considerar el escrito estatal sobre implementación de las recomendaciones contenidas en el informe de fondo y la falta de avances en el efectivo cumplimiento de las mismas, la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte.

Es así como el 21 de marzo de 2007, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención, la CIDH sometió a la Corte la demanda en contra de los Estados Unidos Mexicanos, la cual se originó en la petición presentada, como ya se advirtió líneas atrás, el 12 de octubre de 2005 por el C. Jorge Castañeda Gutman.

El 11 de mayo de 2007, el Estado mexicano fue notificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre que la CIDH había presentado una demanda en su contra por el caso que nos ocupa. Por lo anterior, el 11 de septiembre de 2007 nuestro país presentó su escrito de.interposición de excepciones preliminares, contestación a la demanda interpuesta por la CIDH, y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos que presentaron los representantes del señor Castañeda.

Así, los días 17 y 18 de octubre de 2007, los representantes del C. Castañeda y la CIDH presentaron sus alegatos a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado. El 30 de noviembre de 2007, la Corte emitió la resolución sobre la procedencia de las pruebas periciales y testimoniales, y convocó a audiencia para el 8 de febrero de 2008, sobre la eventual reparación del caso que nos ocupa, misma que tuvo verificativo en la sede de la CIDH en San José, Costa Rica. Adicionalmente, se estableció el 10 de marzo de 2008 como plazo final para la presentación de alegatos finales escritos.

Finalmente, el 6 de agosto de 2008 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia sobre el caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, la cual fue publicada el 2 de septiembre de 2008.[6]

[6] Sentencia consultable en la página electrónica: *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=295 (acceso el 10-VI-09).*

b.- Problemática.

Resulta necesario precisar, que la *litis* que nos ocupa no se refiere al proceso electoral iniciado en octubre de 2005, sino que versa sobre la postura del demandante, en cuanto a la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos. En efecto, la solicitud de inscripción de la candidatura al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de marzo de 2004, planteada por Castañeda Gutman, no fue rechazada únicamente por una cuestión formal de plazo de inscripción, sino en cuanto al mérito de la solicitud por considerar que la candidatura no se encontraba patrocinada por un partido político nacional, con lo cual, aparentemente no cabía la posibilidad de que el quejoso insistiera nuevamente en su inscripción.

II.- Determinación del método hermenéutico[7]*seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia dictada el seis de agosto de 2008.*

Por principio de cuentas, resulta necesario precisar los puntos resolutivos en que se pronunció la Corte Interamericana en la sentencia que se estudia, a saber, la dictada el 6 de agosto de 2008, en cuya parte conducente estableció lo que a continuación se transcribe:

> *a)El Estado violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la protección judicial consagrado en el Iartículo 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.*
>
> *b)El Estado no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho político a ser elegido reconocido en el*

[7] Al hablar de "método hermenéutico", nos referimos a la hermenéutica jurídica que utilizan los aplicadores del derecho, al tenor de la cual"…*la búsqueda de la solución no es una mera subsunción del caso particular de algo general, sino la determinación de la norma correcta en un sentido formal y material a ciertas circunstancias de hecho, para que esa decisión normativa sea complementaria o perfeccionadora del derecho"*. En ese sentido, *"…la interpretación, y no sólo la jurídica, es parte de lo que se conoce en filosofía como la hermenéutica"*. En: Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 210, 2005, pp. 8 y 9.

artículo 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
c)El Estado no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
d)El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.
e)El Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 77 a 133 de la presente Sentencia, (...) en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.
f)El Estado debe pagar al señor Jorge Castañeda Gutman el monto fijado por reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

a.- El derecho a la protección judicial.

Pues bien, primeramente proponemos circunscribir nuestro objeto de estudio al proceso deliberativo[8] seguido por la Corte Interamericana, particularmente para arribar a la determinación de que en el caso que hemos venido estudiando, el Estado mexicano violó en perjuicio del C. Castañeda, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención.

[8] Con la expresión "proceso deliberativo", nos estamos refiriendo a lo que ATIENZA denomina: "la deliberación práctica" y que define como: "…la técnica consistente en construir y confrontar entre sí las razones para llegar a una determinada decisión." En: Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 134, 2007, p. 224.

Una primera pretensión versa sobre la falta en México de un recurso sencillo, rápido y efectivo para impugnar la constitucionalidad de una ley que presuntamente afectaba los derechos políticos del señor Castañeda, y que constituía una violación del artículo 25 de la Convención. Asimismo, y por lo que respecta al juicio para la protección de los derechos político-electorales previsto por los artículos 8, 79 y 83 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, esta postura asevera que dicho juicio carecía de idoneidad y de eficacia para que el quejoso reclamara su derecho a ser inscrito como candidato independiente en las elecciones presidenciales de México, por lo que no estaba obligado a agotarlo antes de acudir al sistema interamericano, ya que de acuerdo con el sistema legal mexicano, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no podía, al momento en que acontecieron los hechos, ni de manera general ni con efectos relativos, declarar la inconstitucionalidad de una ley electoral.

Pues bien, en contraposición a la anterior postura, el Estado mexicano[9] alegó en su escrito de contestación a la demanda, que contrario a lo expuesto por la Comisión y los representantes del C. Castañeda Gutman, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano cumple cabalmente con las exigencias de acceso a la justicia para todos los ciudadanos mexicanos que aduzcan violaciones a sus derechos de votar, ser votado, de asociación y afiliación, entre otros, y que además representa el medio de defensa idóneo para controvertir los actos atribuibles al IFE que transgredan la Constitución y el resto de las normas aplicables, y que posee también características de ser sencillo (pues los requisitos para su presentación y las formalidades durante su tramitación no son excesivos), breve (ya que es decidido por lo regular en poco menos de un mes), y cumple además con los requisitos de accesibilidad, es adecuado y eficaz. Asimismo, adujo que el Tribunal Electoral es la máxima autoridad en materia electoral, al que corresponde la custodia de los derechos político-electorales de los ciudadanos, verificando que lo s actos y resoluciones

[9] Estado Parte en la Convención Americana desde el 24 de marzo de 1981, reconociendo además la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el 16 de diciembre de 1998.

que en esta materia se dicten, se ajusten al marco jurídico constitucional y legal, y que en todo caso, la presunta víctima acudió a un procedimiento "inadecuado" para la protección de sus derechos políticos, pues redujo ésta a la búsqueda de la declaración de inconstitucionalidad del COFIPE, lo que confirma el planteamiento de una falta de agotamiento de los recursos idóneos y eficaces en el presente asunto.

En razón de lo planteado por las dos pretensiones antes aludidas, la actuación de la Corte Interamericana de Derechos humanos consistió en analizar si existía, al momento de los hechos en el ordenamiento jurídico mexicano, un recurso efectivo en los términos del artículo 25 de la Convención, y si en el caso concreto fue violado en perjuicio del quejoso el derecho de protección jurídica.

Al respecto, la Corte partió de considerar que en términos de la Convención, los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, garantizando el libre y pleno ejercicio de los derechos de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En ese sentido, a juicio de la Corte la controversia entre las partes quedó acotada a dos características relacionadas con la efectividad del recurso: a) si la presunta víctima tenía acceso a un recurso; y b) si el tribunal competente tenía las facultades necesarias para restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos, si se considerara que éstos habían sido violados.

Respecto de la primera característica, la Corte se pronunció en el sentido de que el C. Castañeda no tenía acceso a un recurso, considerando que el juicio para la protección de los derechos político-electorales sólo era accesible, en lo que toca a dicho aspecto del derecho político de ser votado, para las personas que fueron propuestas por un partido político, y no, como es el caso, a toda persona titular de derechos políticos. Por otra parte, y por lo que respecta a la segunda de las características antes aludidas, la Corte determinó que el Tribunal Electoral, como órgano competente para resolver el juicio de protección

de los derechos político-electorales, no podría resolver una controversia planteada contra un acto o resolución de alguna autoridad electoral cuando, como en el presente caso, su resolución implicara pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley en la que se fundamentó dicho acto o resolución.

Como corolario de lo anterior, la Corte concluyó que el Estado no ofreció a la presunta víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido, violando el artículo 25 de la Convención, además de un incumplimiento a su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la misma.

Como podemos advertir, en el presente debate la Corte, sin contrapesar derechos o intereses competidores, ni jerarquizar a priori respecto de la preponderancia de un derecho respecto del otro, se limitó a tomar en consideración los hechos, lo argüido por las partes, y sobre todo a analizar de manera concreta, si jurídicamente el recurso propuesto por nuestro país realmente era accesible y efectivo para que el C. Castañeda Gutman hiciera valer la presunta violación de los derechos humanos de que se decía objeto.

b.- El derecho político a ser elegido.

Resulta interesante observar como la Corte Interamericana al arribar a la determinación de que el Estado no violó, en perjuicio del señor Castañeda Gutman, el derecho político a ser elegido reconocido en el artículo 23.1.b de la Convención, optó por utilizar la técnica de la *ponderación*.[10] En efecto, la Corte tenía por una parte, la pretensión del C. Castañeda, en el sentido de que el marco jurídico mexicano, al exigir

[10] Para GUASTINI: "La técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver los conflictos entre principios constitucionales es la que se conoce como ponderación. La ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.", y aclara: "Una jerarquía axiológica es una relación de valor creada (no por el derecho mismo como la jerarquía de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2.", y "Una jerarquía móvil, por otro lado, es una relación de valor inestable, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría invertirse –y que con frecuencia se invierte- en un caso concreto diferente". En: GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, ed. Trotta, 2007, pp. 88 y 89.

como requisito indispensable para que una persona pueda participar en una contienda electoral el que la postulación sea presentada exclusivamente por un partido político, es violatoria del segundo párrafo del artículo 23 de la Convención. Es decir, la parte presuntamente agraviada alegó una aparente restricción o limitación indebida a su derecho político de ser elegido.

Ahora bien, por su parte el Estado mexicano argumentó que el COFIPE fue producto de un proceso legislativo de creación, discusión, aprobación, promulgación y publicación, instruido dentro del marco previsto por la Constitución Federal, y que contó con la legitimidad apoyada en el respaldo de los representantes electos de manera democrática. Asimismo, agregó que el hecho de que el Estado haya dispuesto que el registro de candidatos sea exclusivamente a través de partidos políticos, responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas y sociales. La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en el que todos tengan el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones.

En síntesis, lo que la Corte debía examinar es si uno de los aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, a saber, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, debía o no privilegiarse, ante una presunta restricción o limitación indebida a un derecho humano consagrado en la Convención.

Tal examen fue realizado por la Corte a través de un balance entre los derechos en juego. *El balancing* test aplicado, consistió en balancear el derecho presuntamente regulado o afectado, esto es, el derecho

político a ser elegido, versus el o los derechos que busca proteger la finalidad de la medida, a saber, las ya descritas "*necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas y sociales"*. Es así como a través de dicha técnica, la Corte estableció una jerarquía axiológica móvil entre tales derechos en 'conflicto', es decir, fijó una jerarquía axiológica mediante un juicio comparativo de valores, esto, a partir de sentar los elementos que darían forma a un enunciado como el siguiente: *La necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en el que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos, tiene mayor valor que la limitación que implica la exigencia contenida en el requisito indispensable de que para que una persona pueda participar en una contienda electoral, su postulación deba ser presentada exclusivamente por un partido político,* y dicha jerarquía es también móvil, dado que implica una relación de valor mutable, en tanto que sólo vale para el caso concreto, pero eventualmente podría invertirse a la luz de hechos distintos en un caso diferente.

Como resultado de la técnica de la *ponderación* a que hemos venido haciendo referencia, la Corte optó por otorgar mayor valor a lo que definió como *"un interés público imperativo",* por encima del derecho político a ser elegido, alegado por el quejoso. En ese sentido concluyó que:

> *"…la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal es una medida idónea para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana.", y asimismo que: "… el señor Castañeda Gutman incluso disponía de alternativas para ejercer su derecho a ser votado, tales como ingresar a un partido político e intentar por la vía de la democracia interna obtener la nominación y ser nominado por un partido; ser*

candidato externo de un partido; formar su propio partido y competir en condiciones de igualdad o, finalmente, formar una agrupación política nacional que celebre un acuerdo de participación con un partido político. De acuerdo a lo que consta en el expediente ante esta Corte la presunta víctima no utilizó ninguna de esas alternativas.".

Como podemos ver, la Corte determinó relegar un derecho, el de ser elegido, frente a otro 'más importante' o con una finalidad social relevante, a saber, el ya mencionado "interés público imperativo".

c.- El derecho a la igualdad ante la ley.

Finalmente, corresponde analizar el proceso deliberativo seguido por la Corte al determinar que el Estado no violó, en perjuicio del referido quejoso, el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención.

Primeramente, la pretensión de la parte presuntamente agraviada se hizo consistir en que el artículo 175 del COFIPE contenía restricciones, no solamente excesivas, sino innecesarias en una sociedad como la mexicana que pretende ser democrática, indicando que incluso los Estados de Sonora y Yucatán cuentan con legislaciones electorales que permiten las candidaturas independientes, y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las ha considerado como permisibles en el régimen constitucional mexicano, alegando además que el Estado no da un trato igual a sus candidatos en circunstancias iguales, y que dicho trato diferenciado e injustificado, produjo una violación concreta en su perjuicio al no haber podido registrarse como candidato sin partido para las elecciones federales del 2 de julio de 2006.

En segundo término, tenemos la postura del Estado mexicano en el sentido de que la existencia de un orden normativo federal y diversos locales, no implica que estos tengan que ser idénticos, pues ambos tienen ámbitos de validez diversos. Asimismo, señaló que la interpretación de la Constitución admite la posibilidad de que, si así lo decide el órgano

legislativo, puedan configurarse otras opciones distintas a la postulación exclusiva de los partidos políticos de candidatos a puestos de elección popular, lo cual es una decisión potestativa que no implica que la opción vigente a nivel federal sea contraria a la Constitución o a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte y, finalmente, que la ley electoral en México establece de manera igual para todos, y sin base alguna para afirmar la existencia de discriminación, que corresponde a los partidos políticos la postulación de candidatos, sin exigir que los ciudadanos propuestos deban ser miembros o afiliados de dichos partidos.

Pues bien, en el debate que nos ocupa la Corte se pronunció en el sentido de que el artículo 24 de la Convención prevé que todas las personas son iguales ante la ley, y que, por consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. No obstante ello, también consideró que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana, y que incluso ya en diversos casos, esa Corte ha distinguido entre *"distinciones" y "discriminaciones"*, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención por ser razonables, proporcionales y objetivas; mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos. Como consecuencia de lo anterior, la Corte estimó que al no ser comparables las elecciones locales y las federales, no resultaba posible concluir que las diferencias de organización entre unas y otras, sean discriminatorias y violen el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de la Convención.

Como podemos advertir, en el presente punto la resolutora lejos de entrar a un análisis profundo del debate y, sin necesidad de abordar alguno de los métodos hermenéuticos[11] a que hemos aludido en la parte introductoria del presente documento, redujo la discusión a un ámbito meramente conceptual, al tenor del cual, le bastó distinguir entre lo que significan los términos *"distinción" y "discriminación"*, concluyendo que en el caso que nos atañe, si bien es cierto, el modo de organizaciónentre las elecciones federales y las locales en México

[11] Cfr. Cárdenas, Jaime, op. cit., Nota 7, pp. 8 y 9..

entraña una *distinción* en cuanto a que en algunas de las primeras se reconocen las candidaturas independientes, mientras que en las de carácter federal no, dicha circunstancia no significa que ello implique una *discriminación.*

IV.- El control constitucional de razonabilidad.

a.- Consideraciones previas.

Sin lugar a dudas, uno de los problemas que recurrentemente se plantea al Derecho constitucional es el de establecer la solución razonablemente justa en todos aquellos campos donde parecen oponerse dos bienes constitucionales.[12] Tal y como se señaló en la parte introductoria del presente documento, para resolver tales *"puntos de contacto*[13]*"* entre esos bienes, se suele recurrir básicamente a dos métodos: el primero consiste en establecer una jerarquía entre los derechos fundamentales, mientras que el segundo radica en decidir mediante el test del balance o del "balanceo".

Por lo que respecta al primero de ellos, podríamos decir que se trata de uno de los métodos de interpretación de los derechos constitucionales, consistente en establecer jerarquías o categorías previas y rígidas entre estos derechos, de modo tal que en caso de conflicto prime el jerárquicamente superior. En lo tocante al segundo de los mismos, es de

---

[12] Cuando GUASTINI alude a las técnicas de la interpretación constitucional, ya nos adelanta que: "…para la Constitución deben emplearse reglas o técnicas de interpretación peculiares, diversas de las que se emplean para otros documentos normativos", y más adelante añade: "…la Constitución no se presta a una interpretación literal.", en: Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica,* trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, pp. 84 y 85.

[13] En TOLLER esta expresión es utilizada a fin de establecer que no obstante que la cuestión de los conflictos es usualmente abordada en términos de irrefrenable colisión u oposición entre los derechos, lo cierto es que, resulta incorrecto –y quizá muy perjudicial– el analizar estos problemas partiendo de unos "derechos armados" en lucha permanente entre sí, sugiriendo al respecto que es posible una visión distinta, habida cuenta que los derechos fundamentales están armónicamente interrelacionados o correlacionados. Así, de lo que se trata no es de ver la jerarquía abstracta o el "peso" concreto de los derechos, sino de encontrar cuál de ellos es real en el litigio y cuál no, o si existen en parte uno y en parte otro. En: Toller, Fernando, "Hacia el ocaso del Darwinismo Jurídico, Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales", *Revista ED*, Chile, 11 de diciembre de 1998, p. 1, consultable en: www.salvador.edu.ar/juri/apuntes /Uncal.../Toller.pdf (acceso el 20-XI-09).

señalarse que éste consiste en ponderar o contrapesar los bienes jurídicos, ya sea de índole pública y/o privada, de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál "pesa" más en el supuesto. Se opta así por uno u otro derecho, o se determina si es constitucionalmente aceptable la limitación a un derecho en aras de intereses generales.

Como puede advertirse, ambos métodos apuntan en una misma dirección, a saber, *"...que los dos derechos alegados existen en el caso concreto, pero uno de ellos, del cual una de las partes es titular y lo ejerce o lo ha ejercido legítimamente, debe sacrificarse en aras de un contrincante superior en abstracto y a priori –tal es el caso de la categorización–, o superior en concreto – como ocurre con el método del balance–.*[14]*"*

En tal orden de ideas, la propuesta del Dr. Fernando M. Toller estriba esencialmente en que la interpretación de los derechos constitucionales debe partir de su armonía y no de su contradicción, constituyéndose así, un principio hermenéutico general en la interpretación constitucional basado en la tesis de que: *"...estando en juego derechos fundamentales, en caso de aparente conflicto los jueces deben decidir cómo armonizar y compatibilizar correcta y concretamente los dos derechos en pugna, cuidando que ninguno sea aniquilado por el otro y buscando en cada entuerto la mejor solución posible, ya que no pueden decidir cuál derecho priorizar y cuál sacrificar.*[15]*"*

Finalmente, debemos tener en consideración que los ya referidos *"puntos de contacto"*, no sólo pueden establecerse entre derechos individuales, sino también, como pudimos advertir del apartado de antecedentes del caso que se analiza, entre un derecho fundamental y un bien jurídico de interés general, donde la necesidad de coordinar los derechos de la persona con los bienes comunes de la sociedad, no es menos acuciante que la de conjugar los distintos derechos y libertades individuales entre sí.

---

[14] *Ibidem,* p. 5.
[15] *Ibidem*, p. 10.

b.- Concepto y funcionamiento del test de razonabilidad.

A fin de establecer un concepto referente al test de razonabilidad, diremos que se trata de: *"...un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales...".*[16] A mayor abundamiento, refiere Mariano A. Sapag, que dichos tests pueden definirse como *"...juicios de comprobación de la razonabilidad o proporcionalidad de una norma. (...) son pautas que otorgan un cierto grado de objetividad y determinación al principio de razonabilidad."*[17]

Ahora bien, por lo que hace al funcionamiento de dicho test de razonabilidad, en principio debemos tener presente que éste opera como criterio sustancial de control en la aplicación e interpretación del derecho. Para esto, en primer lugar, los jueces deben analizar la norma de modo que ésta guarde una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales. En segundo lugar, y para que la norma sea constitucionalmente válida, corresponde que la misma esté de acuerdo con el resto de las finalidades constitucionales y sus principios. En este sentido, un completo control constitucional de razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial.[18]

---

[16] Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 3 de junio de 2005. Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos C/. Congreso de la República: Síntesis: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530. Véase el razonamiento 109. En: Varsi Rospigliosi, Enrique, *El proceso de filiación extramatrimonial. Moderno tratamiento legal según la ley N° 28457, Perú, ed. Gaceta Jurídica, 2006, p. 100*, consultable en la página electrónica: http://issuu.com/evarsi/docs/www (acceso el 19-XI-09).

[17] Sapag, Mariano, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado", Díkaion – *Revista de fundamentación jurídica,* Bogotá, 2009, pp. 28 y 29.

[18] Para TOLLER, el contenido esencial de los derechos se determina internamente a partir de la finalidad del derecho mismo: se delimita realizando una interpretación teleológica desde el bien humano protegido y la función que el derecho cumple. Las leyes no limitan los derechos sino que delimitan el contenido esencial de los mismos y regulan su ejercicio razonable. En: Serna, Pedro y Toller, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, ed. La Ley, 2001, pp. 46-47 y 66-69.

Dicho control constitucional se realiza aplicando una serie de reglas o juicios a las leyes que son sometidas a su rigor, en general, en un caso contencioso. La idea que se persigue es que el control de razonabilidad, para gozar de un rigor científico, debe estar sistemáticamente organizado en una serie de tests o juicios, que sirvan para determinar la validez constitucional del contenido de una norma. De acuerdo con el sistema que se analiza, corresponde analizar la razonabilidad o proporcionalidad de una medida aplicando un total de cinco juicios o subprincipios,[19] en forma escalonada y excluyente. Así, dichos tests o juicios se aplican del siguiente modo:

Los juicios del control de razonabilidad pueden ser desglosados en siete preguntas que el operador jurídico se debe plantear, a saber: ¿Cuáles son las finalidades mediatas e inmediatas de la norma?; La finalidad, ¿es constitucional?; La finalidad, ¿es socialmente relevante?; ¿Es adecuado el medio empleado? ¿Es necesario, o indispensable, el medio empleado? ¿Es proporcionada la medida con respecto a los fines? ¿Respeta el contenido esencial de los derechos en juego? Las preguntas a), b) y c) pueden unificarse en un solo juicio acerca de la finalidad de la norma. El punto b) viene a ser el juicio de adecuación de la norma; el punto c), el juicio de necesidad; la pregunta d), el juicio de proporcionalidad; y la pregunta e) el juicio de afectación o alteración del contenido esencial de los derechos en juego.[20] De este modo, para Mariano A. Sapag el control de razonabilidad supone cinco juicios,[21] mismos que a continuación analizaremos:

a)Primer test: el juicio de finalidad. El primer juicio que corresponde hacer sobre la norma a efectos de evaluar su razonabilidad

[19] Se les denomina "subprincipios" en atención a que el control constitucional de razonabilidad puede ser llamado también 'principio' de razonabilidad, poniendo el énfasis en la función que cumple el propio principio y en los juicios que se desprenden del mismo. Estos juicios, o subprincipios, se erigen en pautas que otorgan un cierto grado de objetividad y determinación al principio de razonabilidad. En: Sapag, Mariano, op. cit., Nota 16, pp. 28 y 29.

[20] *Ibidem*, p. 33.

[21] Refiere SAPAG, que aunque la jurisprudencia continental realiza sólo tres juicios, basando el control de razonabilidad en el sistema de los tres subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad), lo cierto es que la idea es la misma, a saber: "…que el control de razonabilidad, para gozar de un rigor científico, debe estar sistemáticamente organizado en una serie de tests que sirvan para determinar la validez constitucional del contenido de una norma", Ibidem, p. 32.

versa acerca de la finalidad o las finalidades de la medida. Tres cuestiones quedan abarcadas en este juicio: ¿Cuál es la finalidad?, ¿Es constitucional? y ¿Es socialmente relevante? Para un correcto control de constitucionalidad sobre la base de la razonabilidad, es imprescindible investigar y determinar la finalidad o las finalidades que persigue la norma, ya que de dicho examen dependerá una correcta aplicación de los siguientes juicios. Por lo anterior, una norma que no persiga ninguna finalidad pública, o que su finalidad sea inconstitucional o socialmente irrelevante, deberá ser declarada inconstitucional por el juez interviniente.

a)Primer test: el juicio de finalidad. El primer juicio que corresponde hacer sobre la norma a efectos de evaluar su razonabilidad versa acerca de la finalidad o las finalidades de la medida. Tres cuestiones quedan abarcadas en este juicio: ¿Cuál es la finalidad?, ¿Es constitucional? y ¿Es socialmente relevante? Para un correcto control de constitucionalidad sobre la base de la razonabilidad, es imprescindible investigar y determinar la finalidad o las finalidades que persigue la norma, ya que de dicho examen dependerá una correcta aplicación de los siguientes juicios. Por lo anterior, una norma que no persiga ninguna finalidad pública, o que su finalidad sea inconstitucional o socialmente irrelevante, deberá ser declarada inconstitucional por el juez interviniente.

b) Segundo test: el juicio de adecuación o de idoneidad. Este juicio examina la eficacia de los medios adoptados frente a la finalidad perseguida por la norma. En otras palabras, una norma que establezca medios que no sean capaces de lograr la finalidad deseada, debe ser declarada inconstitucional por irrazonabilidad. La adecuación se debe analizar al momento y circunstancias de la aplicación de la norma. De modo que si era inadecuada al momento de su sanción, pero resulta adecuada posteriormente, es razonable. La adecuación también debe analizarse en forma abstracta, si es que en general los medios no logran la finalidad, o en el caso concreto, si para tal situación, o para tal sujeto, la norma

es inadecuada. En ambos casos se deberá declarar la inconstitucionalidad. Por último, la adecuación puede evaluarse y probarse por distintos medios. Muchas veces el juicio será técnico en cuanto se deberá probar científicamente la adecuación de la medida. En caso de duda, en general, se estará a favor de la constitucionalidad, ya que la prueba suele recaer sobre quien alega la inconstitucionalidad. Basta que la norma alcance de algún modo, inclusive parcialmente, la finalidad ya que lo que aquí se juzga es la eficacia y no la eficiencia que es objeto del juicio de necesidad que será analizado a continuación.

c)Tercer test: el juicio de necesidad. Es el que se conoce como subprincipio de necesidad o de indispensabilidad y responde a la cuarta pregunta que corresponde plantearse para realizar el control de razonabilidad. Este juicio debe formularse en sentido positivo: la medida debe ser la más 'benigna' entre otras medidas igualmente eficaces. Lo que se debe analizar, ante todo, es la eficiencia de la medida en comparación con otras medidas eficaces: de acuerdo con el principio de necesidad, la norma constitucional debe ser la más eficiente entre otras alternativas posibles. En otras palabras, debe implementarse la medida que mejor logre la finalidad propuesta; una norma ineficiente no superará el test. El juicio de necesidad no es otra cosa que un control de calidad de las normas que regulan los derechos fundamentales.

d) Cuarto test: el juicio de proporcionalidad (en sentido estricto). Este juicio, más que una *ponderación* entre dos principios en conflicto, significa una comparación de los costos y beneficios de la norma: se propugna que si los costos son superiores a los beneficios, la norma debe ser declarada inconstitucional. Para esto, se deberá evaluar el carácter de la medida y la relevancia de la finalidad, que implicará, de algún modo una valoración por parte de los jueces que deberá estar suficientemente fundada. Se pretende que, mediante este juicio, se cuantifiquen y califiquen de algún modo los medios con respecto a los fines que se pretende alcanzar a efecto de vislumbrar la proporción que debe existir

.entre los costos y los beneficios y, así, se brinden razones para ello. Los beneficios deben resultar siempre mayores que los costos, de lo contrario, la norma no tendría 'razón' de ser. Sin embargo, no se debe realizar un mero análisis cuantitativo, sino también tener todos los factores en cuenta como por ejemplo: costo económico, sujetos alcanzados y sujetos beneficiados, prolongación de la medida en el tiempo y espacio, etc.

e) Quinto test: el juicio de respeto al contenido esencial de los derechos regulados. Ya se ha dicho que el control de razonabilidad o proporcionalidad no se puede limitar a un mero control de costos versus beneficios de la medida, o medios y fines ya que esto no garantiza la intangibilidad de los derechos fundamentales en juego. Además de los juicios anteriores, es necesario controlar la norma a la luz de los distintos fines constitucionales (principios constitucionales y derechos fundamentales) y del ordenamiento jurídico. Es imprescindible verificar si la norma altera o vulnera el contenido esencial de los derechos que aparecen en juego o que regula la ley. Este examen requiere que se realice una interpretación teleológica del derecho fundamental a partir del bien jurídico protegido y su función en el sistema de los derechos, a modo de encontrar la armonización con los demás derechos y no de hacerlos entrar en conflicto. De este modo, el juez evaluará si la ley en cuestión altera el ejercicio de un derecho fundamental.

Finalmente, cabe reiterar que el control de razonabilidad, es un control constitucional sustantivo que supone la aplicación de una serie de juicios o tests sobre el contenido de los actos normativos del Estado por los cuales éste ejerce su poder. Se examina, de este modo, la finalidad de estos actos y los medios empleados bajo la luz de la Constitución ya que, como se ha dicho, todo ejercicio de poder debe ser conforme a la Constitución. Así, un examen completo de razonabilidad no podrá omitir estos juicios que someten a la norma a un estricto análisis a efectos de lograr que la Constitución y los derechos fundamentales resulten operativos y optimizados. En la práctica, tal y como veremos en el

siguiente apartado, se trata no ya de un juicio de competencia o de legitimidad de origen, sino de legitimidad del contenido de las normas sujetas al mismo.

c.- Aplicación del test de razonabilidad.

En el presente apartado nos proponemos llevar a cabo un ejercicio de control de razonabilidad respecto de las pretensiones enfrentadas o contrapuestas a que hemos venido haciendo referencia a lo largo del presente documento de trabajo. Ahora bien, toda vez que como se ha dicho, el control constitucional de razonabilidad, representa una alternativa a los más difundidos métodos hermenéuticos, a saber, el de la jerarquización de los derechos y el de la *ponderación –balancing test-*, nos proponemos analizar únicamente la segunda de las determinaciones tomadas por la Corte, a saber, aquella en la cual a nuestro juicio, y optando por el segundo de los métodos antes referidos, la Corte determinó relegar un derecho, el derecho político a ser elegido, frente a otro "más importante" o con una finalidad social relevante, lo que definió como *"un interés público imperativo"*.

Para ello, primeramente estableceremos dos normas hipotéticas generales, a partir del contenido específico de dichas pretensiones procesales. Lo anterior, a efecto de que cada norma hipotética realizada con lo requerido por una de las partes, regularía el derecho pretendidopor la otra. Posteriormente, a cada una de dichas normas hipotéticas le serán aplicados los 7 tests del control de razonabilidad que propone dicho método, a sabiendas de que cualquiera de esas preguntas cuya respuesta sea NO, implica que lo que pretende esa parte no es correcto [22]

[22] Derivado de dicha metodología, en la cual un "SI" equivale a que la pretensión de la parte es correcta, mientras que un "NO" representa lo contrario, es que el resultado del test estará basado en la cuantificación de las valoraciones que alcancen las pretensiones de las partes.

Primer pretensión.

Todo ciudadano mexicano tiene derecho a ser elegido de manera independiente como candidato al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, sin que sea necesario que su postulación sea presentada exclusivamente por un partido político.SI, evitar una restricción indebida a los derechos humanos		
…existencia de la finalidad: ¿la norma tiene o se propone un fin?	SI, evitar una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Constitución, a saber, el derecho de ser votado.	
…constitucionalidad del fin: ¿el fin es constitucional (o legítimo, en casos supranacionales)?	SI, porque la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. En ese sentido, el artículo 23 convencional impone al Estado ciertas obligaciones específicas. Desde el momento en que el artículo	

	23.1 establece que el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos puede ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, derivadas de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.	
…relevancia social del fin: ¿es socialmente relevante?		NO, porque para la sociedad lo realmente relevante incide en que no se restringa de manera absoluta ese derecho, más no que para su ejercicio se disponga de ciertas modalidades, como el caso de las candidaturas a través de los partidos políticos.
…adecuación de los medios: ¿los medios elegidos son idóneos o eficaces para lograr el fin?		NO necesariamente, ya que el fin en sí mismo versa sobre la posibilidad de ser candidato al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Y para ello el ciudadano dispone de alternativas para ejercer su derecho a

		ser votado, tales como ingresar a un partido político e intentar por la vía de la democracia interna obtener la nominación y ser nominado por un partido; ser candidato externo de un partido; formar su propio partido y competir en condiciones de igualdad o, finalmente, formar una agrupación política nacional que celebre un acuerdo de participación con un partido político.
…necesidad de los medios: ¿son las medidas más eficientes, y no hay más convenientes a la finalidad y al derecho regulado?		NO, ya que como se ha dicho en el rubro anterior, si existen medidas más convenientes para la consecución de la finalidad, y cabe señalar que las mismas si tienen cabida en el derecho actualmente regulado.
6 …proporcionalidad de los medios: ¿existe una adecuada relación entre los costos de las medidas y los beneficios?		NO, porque frente al beneficio obtenido con la norma que se postula, a saber, el ser susceptible de ser elegido de manera independiente como candidato al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, sin que sea necesario que su

		su postulación sea presentada exclusivamente por un partido político, no es acorde con los costos que su reconocimiento traería consigo, entre otros, la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones.
7. …no afectación del contenido esencial del derecho regulado: ¿los medios respetan la esfera de funcionamiento razonable del derecho regulado, o lo alteran, restringen, limitan o afectan?	SI, los medios propuestos en la norma respetan cabalmente la esfera de funcionamiento del derecho ya que el ser elegido de manera independiente como candidato al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, sin que sea necesario que su postulación sea presentada exclusivamente por un partido político, de modo alguno altera, restringe, limita o afecta el derecho a ser	

	votado. Por el contrario, propenden a que su ejercicio se lleve a cabo de manera directa y personal, sin necesidad de la observancia de modalidad alguna	
TOTALES:	3 (TRES) SI	4 (CUATRO) NO

Segunda pretensión.

El Estado Mexicano tiene la facultad de establecer la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal, como una medida idónea para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.		
…existencia de la finalidad: ¿la norma tiene o se propone un fin?	SI, hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público, mediante el sufragio libre, secreto y directo que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.	
…constitucionalidad del fin: ¿el fin es constitucional (o legítimo, en casos supranacionales)?	SI, ya que el Estado ha invocado algunas razones para sostener que el sistema que opera en ese Estado es una modalidad de ejercicio de los derechos políticos congruente con los estándares internacionales en la materia, en términos de legalidad, necesidad y proporcionalidad y que esto se advierte ya del COFIPE. El artículo 175 de dicho Código, que establece	

	que "corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular", reglamenta el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevé que "los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio libre, secreto y directo.	
…relevancia social del fin: ¿es socialmente relevante?	SI, ya que a la sociedad mexicana le interesa que el Estado mexicano cuente con los mecanismos jurídicos necesarios para organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.	

…adecuación de los medios: ¿los medios elegidos son idóneos o eficaces para lograr el fin?	SI, ya que las normas electorales federales mexicanas, en efecto, posibilitan canales de acceso a las candidaturas, abiertos para todos los ciudadanos, no excluyentes ni discriminatorios. Asimismo, el COFIPE contempla alternativas mediante las cuales los ciudadanos pueden acceder a una candidatura a un cargo de elección popular: i) la posibilidad de afiliarse a un partido político para que el mismo lo postule como candidato a un cargo de elección popular; ii) la posibilidad de que un partido político lo postule como candidato, sin necesidad de pertenecer al mismo (candidatura externa); y iii) la posibilidad de crear un partido político propio. Al respecto, existe una "creciente flexibilización de los requisitos y procedimientos para constituir partidos políticos" lo que llevó a que en las elecciones federales de 2006 dos partidos de nueva creación que competían por primera vez refrendaron su registro al obtener el 2% de la votación nacional emitida y accedieron a escaños en el poder legislativo; que el COFIPE obliga "a los partidos políticos a incorporar en sus Estatutos y normas de procedimiento interno los procedimientos democráticos para la renovación de sus	

	órganos directivos así como las normas para la postulación democrática de sus candidatos", y existen "procedimientos de control y sanción de apego a la legalidad y los principios democráticos a cargo del Instituto Federal Electoral y del Tribunal Electoral.	
…necesidad de los medios: ¿son las medidas más eficientes, y no hay más convenientes a la finalidad y al derecho regulado?	SI, ya que difícilmente se encontrarían medidas más eficientes que las señaladas en el apartado anterior, pues no debemos olvidar que la finalidad estriba en que el Estado pueda organizar prácticas democráticas	
6 …proporcionalidad de los medios: ¿existe una adecuada relación entre los costos de las medidas y los beneficios?	SI, el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales. La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar	

	eficientemente los fondos utilizados en las elecciones. Todas ellas responden a un interés público imperativo.	
7. …no afectación del contenido esencial del derecho regulado: ¿los medios respetan la esfera de funcionamiento razonable del derecho regulado, o lo alteran,	SI, los medios propuestos en la norma respetan cabalmente la esfera de funcionamiento del derecho regulado, ya que el ser elegido a través de la postulación por parte de algún partido político, si bien es cierto, le imprime al ejercicio del mismo una modalidad, lo cierto es que en ningún momento puede considerarse que se altera, restringe, limita o afecta el derecho a ser votado. Lo anterior es así, ya que salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos. Por lo anterior, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción o limitante indebida a los derechos políticos.	
TOTALES:	7 (SIETE) SI	(CERO) NO

Como resultado de lo anterior, tenemos que mientras la pretensión 1 obtuvo 3 SI y 4 NO, la segunda de las mismas, reflejó un total de 7 SI y 0 NO, ergo tuvo razón el Estado mexicano al aseverar que: *"...tiene la facultad de establecer la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal, como una medida idónea para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.", o dicho de otra manera: "El Estado no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho político a ser elegido reconocido en el artículo 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."*

V.- Conclusión.

Como pudimos advertir, a pesar de que a nuestro juicio la Corte Interamericana implementó un método hermenéutico de *ponderación* y no así de razonabilidad para dilucidar el tema anteriormente expuesto, lo cierto es que al final arribamos a la misma determinación. Sin embargo, es importante señalar que la implementación del test de razonabilidad, nos permitió encontrar el contenido esencial de los derechos que aparentemente estaban en pugna, demostrándonos que en todo caso había que buscar la máxima protección de alguna de las pretensiones en juego. Asimismo, pudimos ver como la implementación de este método nos permitió ordenar el razonamiento judicial plasmado en la sentencia del 6 de agosto de 2008, mostrándonos a ciencia cierta y sin cortapisas, la motivación que da sustento a la referida "creación judicial".

Asimismo, no debemos perder de vista que el método hermenéutico del control constitucional de razonabilidad, al otorgar un papel preponderante al operador jurídico y sobre todo a la valoración de los hechos que éste realice en cada caso concreto, no puede constituir, como es obvio, un modelo exento de presentar fallas. Sin embargo, lo

cierto es que dicho método coadyuva de manera muy importante a que los jueces puedan fundar y motivar con suficiencia y de manera correcta sus decisiones, generándose por tanto, decisiones más justas para cada caso sujeto a su jurisdicción.

Por otra parte, uno de los aspectos que sin duda reviste suma importancia en el tema de los diversos métodos hermenéuticos, es el relativo a la distinción que nos plantea el Dr. Toller, entre balancear derechos y juzgar los hechos.[23] En efecto, se comparte plenamente la postura de dicho autor, en el sentido de que tradicionalmente hemos confundido a la ponderación, con la toma de una decisión armonizadora y prudencial, cuando en realidad lo que con dicha técnica se busca, es determinar en el contexto de un debate, cuál derecho priorizar y cuál sacrificar. Queda claro pues, que tomar en consideración los hechos del caso concreto, los intereses en juego y, en fin, las circunstancias particulares que reviste cada situación fáctica, no obstante resultar imperioso para la resolución de cualquier caso, dista mucho de aplicar de manera automática e*l balancing test.*

VI.- BIBLIOGRAFÍA.

ATIENZA, MANUEL, Las razones del derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 134, 2007.

CÁRDENAS, JAIME, La argumentación como derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 210, 2005.

GUASTINI, RICCARDO, Estudios sobre la interpretación jurídica, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999.Teoría e ideología de la interpretación constitucional, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, ed. Trotta, 2007.

[23] Toller, Fernando, "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test", en Eduardo FERRER MC GREGOR (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, pp. 1224-1226.

MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1985, libro XI "De la Constitución de Inglaterra".

SAPAG, MARIANO, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado", Díkaion – Revista de fundamentación jurídica, Bogotá, 2009.

SERNA, PEDRO Y TOLLER, FERNANDO, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, Buenos Aires, ed. La Ley, 2001

TOLLER, FERNANDO, "Hacia el ocaso del Darwinismo Jurídico, Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales", Revista ED, Chile, diciembre de 1998.

"La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test", en Eduardo FERRER MC GREGOR (Coord.), Interpretación Constitucional, Porrúa, México, 2005.

"Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derecho", en Juan Cianciardo (Coord.), La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

Legislación consultada.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE).

Páginas electrónicas consultadas:

http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=295
http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/3.pdf
www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Uncal.../Toller.pdf

LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN DESDE LA CONSTRUCCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER RASCADO PÉREZ.*

La imagen de un Estado que nace del recíproco consenso de los individuos tomados singularmente, en un origen libres e iguales, es una pura idea del intelecto

Norberto Bobbio

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO MODERNO: ORIGEN Y TRANSFORMACIÓN. III. EL AGOTAMIENTO DE UN MODELO. IV. FACTORES DEL CAMBIO. V. EL MODELO EUROPEO. VI. CONCLUSIONES.

I.- Introducción.

El siglo XV significó un replanteamiento en el entendimiento del mundo occidental. Se presenta un momento trascendental en el que se permite el desarrollo del pensamiento, cuyo resultado son las teorías que habrán de justificar la nueva realidad social. Se cuestionó el absolutismo en Europa, lo que llevó a encontrar justificaciones para la existencia del Estado y su legitimidad, a la vez de dimensionar el papel del individuo dentro de la conformación estatal. Con ello, se materializaron importantes movimientos que permitieron la creación del nuevo modelo de Estado, incluidos nuevos sistemas políticos como el sistema presidencial en los Estados Unidos y, provocando también, la caída de otros, como fueron los absolutismos monárquicos, abriendo con ello el paso a nuevos paradigmas en occidente.

* Licenciado en derecho con especialidad en administración pública y maestría en derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Especialidad en derecho constitucional por la Universidad de Salamanca (España), y maestría en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset en coordinación con el INAP (España). Candidato a doctor en derecho por la UAQ. Profesor e investigador de la facultad de derecho y de la división de investigación y posgrado de la misma universidad.

Se allana el camino de los libres pensadores e intelectuales, quienes con sus teorías y posicionamientos generaron la semilla del constitucionalismo, el periodo de las libertades y, en general, de los derechos humanos. De la declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano derivan una serie de postulados que posicionan al individuo como actor principal y sustento de todo sistema político. De ahí en más, surgen las constituciones modernas y la nueva significación del Estado y la autoridad. Se pretende la existencia de un Estado mínimo, cuya participación en la vida política debe limitarse a garantizar y proteger los derechos de los individuos. Surge con ello la era del garantismo, de los derechos universales e inherentes al hombre, de la protección del Estado, del límite en el ejercicio del poder. Se impuso el discurso liberal y con él sus postulados. Desde entonces, los derechos fundamentales se convirtieron en el discurso predilecto de la generalidad y, los mismos, por sí solos parecían haber logrado el triunfo largamente anhelado.

En este discurso, la Constitución se convierte en elemento esencial de las nuevas conformaciones estatales, marcando con ello la institucionalización y control del poder, plasmando a la vez los ideales políticos e ideológicos de una comunidad.

Además, el Estado como creación jurídica requiere para su conformación, en gran medida, las formalidades de todo acto jurídico. Su creación, por lo general, se materializa en la integración del documento rector o fundamental: Constitución. Por lo menos en su parte formal, ya que como apunta Lassalle, si bien es cierto se plasma en un documento escrito, también lo es que la Constitución real atiende a la manifestación de las fuerzas vivas del poder, mediante las cuales los actores políticos, económicos y sociales ejercen la fuerza y contrapeso que sostiene, da vida e influye al marco político y jurídico.

Sin embargo, no se agotó aquí el nuevo modelo institucional. La transformación en los elementos que dan vida al Estado moderno, la nueva dinámica internacional, la conformación de nuevos modelos estatales, la transformación de la realidad social, en conjunto dieron cuenta del agotamiento del clásico modelo estatal, llevándonos con ello a

replantearnos el modelo institucional. Los viejos conceptos ya no explican la nueva realidad.

Nos encontramos ante la necesidad de redefinir los conceptos que durante años dieron sustento al modelo estatal. Así por ejemplo, el neoconstitucionalismo superó la concepción clásica de la Constitución, convirtiéndose ésta, en el centro de todo el sistema político, jurídico y social de la comunidad.

La realidad nos plantea otras necesidades y nos impone nuevos retos. Entre ellos, que la nueva conformación multicultural de las comunidades ya no atiende en principio a los postulados que dieron origen a la Constitución y, además, la diversidad de percepciones impone necesariamente que la Constitución otorgue certeza y protección a todos.

Como apunta Zagrebelsky, el sustrato pluralista del estado constitucional de derecho conlleva una heterogeneidad dentro del sistema jurídico, lo que impide considerar al ordenamiento mismo como algo preestablecido.

En la transformación del modelo clásico han influido demasiados actores, pero indudablemente la nueva conformación europea ha marcado el ritmo de la nueva realidad estatal e institucional. Ha impactado de manera definitiva en la transformación del viejo modelo estatal. Por ello, desde esta transformación de la realidad social sostenemos que se debe necesariamente redefinir el modelo estatal, a fin de dar respuestas y construir la parte teórica que dé sustento al nuevo modelo.

Europa se ha convertido (nuevamente) en el motor de la transformación del modelo de Estado, por ello necesariamente debemos volver la vista ante las nuevas relaciones entre los Estados que están conformando un modelo supranacional que no es concebido y mucho menos explicado, desde los viejos paradigmas. Ante ello, descubrimos que más que enfrentarnos ante un problema, nos topamos en realidad ante la oportunidad de abonar en la explicación del nuevo modelo estatal y en la construcción de los conceptos que le otorguen sustento.

II. Estado moderno: origen y transformación.

Las conformaciones humanas y los núcleos sociales existen desde hace siglos, así como la mención constante y reiterada a la figura estatal. Sin embargo, el Estado moderno tal y como lo entendemos en el nuevo modelo occidental es de creación relativamente reciente.[1] Es una transición larga y dolorosa que nos lleva desde el final del Oscurantismo, pasando por el liberalismo de Locke, las teorías contractualistas de Hobbes y Rousseau, hasta materializarse en los movimientos libertarios, la independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa. Con ello, el Estado moderno marca la transición del modelo feudal a la racionalización del ejercicio del poder.

En palabras de Pierangelo Schiera:

El orden estatal se convierte así en un "proyecto racional" de la humanidad en torno al propio destino terrenal: el contrato social, que señala simbólicamente el paso del estado de naturaleza al estado civil, no es otro que la toma de conciencia, de parte del hombre, ya sea de los condicionamientos materiales a los que está sujeta su vida en sociedad, o bien de la capacidad de la cual él dispone para controlar, organizar, utilizar estos condicionamientos, en primer lugar para su sobrevivencia, en segundo para su creciente bienestar.[2]

El Estado moderno así, se convierte en el nuevo dogma occidental, desde el cual, solamente aquellos Estados que implementen el nuevo modelo institucional serán considerados parte de la nueva élite

[1] No son pocos los autores que conciben al Estado moderno como tal, desde que el periodo histórico que describe el mundo occidental se ha denominado época moderna. Sin embargo, son muchas las diferencias que existen en las conformaciones sociales que existen entre la culminación del oscurantismo y el inicio del renacimiento. Indudablemente la existencia de las monarquías y de los poderes absolutos, aunque en algunos casos moderados, estaban alejadas de contener los elementos mínimos que garantizarán la existencia de Estado en los términos que actualmente lo concebimos. Aunque si bien es cierto ya desde la época moderna se podía hablar de la existencia de un Estado jurisdiccional, también lo es que la preeminencia del Soberano estaba por encima de cualquier otra voluntad o límite legal. Por ello, para efectos del presente trabajo entendemos al Estado moderno como el resultado de las nuevas revoluciones y movimientos que se dieron a finales del S. XVIII.

[2] Schiera, Pierangelo, Estado moderno en BOBBIO, Norberto y otros, *Diccionario de Política,* Siglo XXI, decimoquinta edición en español, México, 2007, p. 566

mundial. La fe es sustituida por la razón. Cambiamos del dogma del cristianismo al dogma liberal.

Con ello, solamente aquellos Estados que adoptan como nueva forma de organización la plasmada en los ideales del liberalismo político (y económico) serían los considerados Estados democráticos y, por lo tanto, los sujetos del reconocimiento internacional.

En este tenor, se vuelve obligatorio señalar (aunque de manera somera), el carácter de la Revolución francesa, antecedente directo del nuevo modelo estatal. Cabe destacar que este fue un movimiento de carácter burgués. Es decir, más que atender a los intereses y necesidades de toda comunidad (como se ha pretendido sostener), se configura en el seno de una clase económicamente poderosa pero con pocas o nulas posibilidades de participación en la vida institucional. Por ello, desde este grupo privilegiado se conforma todo un movimiento que se habría de transformar en la nueva concepción del paradigma estatal. En todo caso, debemos recordar que en toda lucha, los discursos debaten, compiten, se imponen. Así, el discurso dominante del grupo que asume el poder se convierte en el sustento que explica la nueva realidad.[3]

Como es conocido, los conceptos que dan sustento a la nueva concepción estatal y sin los cuales sería imposible entender la nueva conformación del Estado, son: soberanía, representación, ciudadanía, división de poderes y límites al poder.

Todo el contenido y justificación de la nueva conformación estatal es entendida desde estos conceptos, que aunque si bien es cierto no son nuevos, también lo es que desde su redefinición se da sustento al nuevo orden institucional. Por ello, la importancia de su estudio.

En toda comunidad ha existido siempre el ejercicio del poder, tan sólo cambia su justificación (sí es que ésta ha sido necesaria). Así por ejemplo, en las primeras comunidades el poder se ejercía por los más fuertes, posteriormente por los más hábiles o más poderosos. Llegando hasta la época medieval, en la que el poder encontraba su justificación en la divinidad, de ahí el sustento de las monarquías absolutistas.

---

[3] El derecho como instrumento del poder, se puede analizar de manera más completa en Rascado Pérez, Javier, *El derecho instrumento del poder* en Rascado Pérez, Javier y Zapata Martínez (coordinadores), FUNDAp, 2007, México, pp. 21-31.

Derivado de la Revolución francesa, en donde de manera literal la monarquía es decapitada, el poder se debe seguir ejerciendo, tan sólo cambia su justificación. Así las cosas y atendiendo a la teoría contractualista, se sostiene que el poder emana del pueblo, y éste, cede su ejercicio para alcanzar los fines del Estado, que (se presume) son en beneficio de la colectividad. Tal es el postulado de la soberanía.

Ahora bien, este concepto debe entenderse en dos dimensiones, en una interna y otra externa. En la primera entendemos este origen popular del poder; es decir, el poder emana del pueblo quien lo ejerce para su beneficio. En cuanto a la parte externa, debemos entender la posibilidad que tienen los pueblos de autodeterminarse, con ello requieren el reconocimiento de sus pares e impiden la injerencia en sus asuntos internos.

Por todo lo anterior, se entiende entonces que la soberanía sea la preocupación central de la teoría política moderna. A la par, con el concepto de soberanía se va conformando también el nuevo concepto de nación. Éste va más allá de lo político y jurídico, es el producto de la homogenización de toda una comunidad. Es la identidad desde los valores que determinan a una sociedad. Es además, la adhesión a un sentimiento de identidad que permite el fortalecimiento del nuevo Estado moderno, a la vez que explica la construcción de los nuevos nacionalismos que desde el poder se diseñan para sostener el modelo institucional.

Ahora bien, aunque la soberanía reside en el pueblo, existe la imposibilidad material de que todos puedan participar en la toma de decisiones, por lo que se crea entonces la figura de la representación, mediante la cual, los detentadores originarios del poder depositan esa facultad en los representantes que habrán de transformar la voluntad popular en leyes que garanticen la materialización de los fines del Estado. A la par de este concepto, se construye el de ciudadanía, para delimitar la participación en la vida política de la comunidad. Todos somos origen y detentadores del poder, más no todos participamos directamente en la toma de decisiones.

Otro concepto de gran importancia para el entendimiento del Estado moderno es el de la división de poderes. Entendemos que el poder por su naturaleza es indivisible, tan sólo se divide para su ejercicio. Este postulado es una de las características más claras del modelo estatal, ya que por medio de esta división se pretende evitar el desbordamiento en el ejercicio del poder. Es la función de vigilancia y equilibrio que impedirá que el poder se vuelva contra sus detentadores. La experiencia del absolutismo así lo exigía.

No obstante, el poder tenía que seguir existiendo, tan sólo se institucionaliza para que su ejercicio se encuentre dentro de los márgenes del nuevo modelo contractual. Necesario revisar a Weber, quien se ha convertido en una autoridad en cuanto al poder en el Estado moderno, quien en palabras de Bobbio señala:

No hay duda de que la caracterización weberiana del poder político en los términos del monopolio de la fuerza es especialmente adecuada para la formación y la organización del Estado moderno, aquella organización política que a través de complicadas vicisitudes se constituye, de un lado, emancipándose de la dependencia con respecto a la universalidades medievales, la Iglesia y el Imperio, y de otro suprimiendo los numerosos centros de poder semi-independientes que componían la sociedad feudal pero si en este orden de problemas la referencia a Weber ahora se ha vuelto imprescindible, una vez más es Hobbes quien se impone como el primer gran teórico del Estado moderno.[4]

Ahora bien, si los conceptos anteriormente desarrollados son sustento fundamental para el entendimiento del Estado moderno, también lo es el movimiento liberal. Locke influye de manera determinante en los constructores del nuevo Estado. El Estado liberal se constituye en la bandera que permitirá disolver el antiguo régimen y transitar hacía el nuevo modelo de Estado.

Entre los principales fundamentos del Estado liberal se encuentran:

1.La ley como producto de la voluntad general y como límite del

[4] Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Origen y fundamentos del poder político*, Grijalbo, México, 1985, p. 48

poder del Estado.

2.La Constitución como gran pacto social que expresa esa voluntad general.

3.El principio de la generalidad de la ley.

4.La división de funciones en el ejercicio del poder.

5.La separación entre Estado e Iglesia

6.La delimitación de los espacios del Estado y la sociedad civil.

Otro de los elementos fundamentales que caracteriza al Estado liberal, es que éste juega un papel pasivo, ya que mantiene una postura abstencionista, cuya única función consiste en garantizar los goces privados. Garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales[5]. Postura que tuvo que ser corregida en los albores del siglo XX, en donde se volvió necesaria la intervención del Estado para atender a nuevas realidades y discursos. De ahí entonces el surgimiento del Estado de bienestar.

El Estado liberal materializado en las revoluciones americana y francesa, se constituye jurídicamente para transformarse en el Estado de derecho. Con ello, la Constitución adquiere un papel trascendental dentro de la conformación del modelo liberal.

Recordemos, el núcleo del estado de derecho es el principio de contractualidad . Con ello, todo el modelo estatal se conforma por relaciones entre individuos iguales que ceden parte de ella para volverse libres. En esta relación contractual, se crea el Estado como ente abstracto y superior que garantiza que se materialicen las voluntades de los individuos por medio de la Ley. Es entonces necesaria la existencia de un sistema jurídico que rige el comportamiento de toda una comunidad y, además, establece límites al ejercicio del poder.

Para ello, la Constitución adquiere un papel fundamental en el nuevo paradigma occidental. En ésta, se materializa el nuevo modelo. En palabras de Hegel:

"... traducir en realidad este concepto [del Estado] ... es cosa que sucede gracias a la constitución ... el Estado en sí es un abstracto que

[5] El caso extremo de este modelo se manifestó en la parte económica, ya que desde los posicionamientos de Adam Smith y David Ricardo, el Estado tenía que mantenerse impávido ante las reglas del mercado, con los consecuentes impactos negativos que se generaron en las estructuras sociales, como acertadamente lo ha señalado Marx.

tiene en los ciudadanos su realidad meramente general; pero es realidad, y su existencia únicamente general debe concretarse en voluntad y actividad individual. En suma, surge la necesidad del gobierno y de la administración estatal, de una individuación o separación de los que dirigen… La constitución estatal es la puerta, por la cual el momento abstracto del Estado entra en la vida y en la realidad; pero con ella interviene la distinción entre quien manda y quien obedece, entre gobernantes y gobernados".[6]

La Constitución se vuelve entonces no solamente en la justificación y existencia del Estado[7], sino que además es el documento que dentro del modelo liberal plasma los anhelos, aspiraciones, complejos e interpretaciones de una determinada comunidad.[8] Es en la Constitución en donde se determina la conformación del Estado y su forma de gobierno, los límites que han de existir al ejercicio del poder y la expresión máxima del liberalismo: los derechos fundamentales.

Ahora bien, es necesario señalar que desde un inicio se han marcado ciertas diferencias en los modelos constitucionales, ya que mientras que en los Estados Unidos la Constitución desde un comienzo es un documento jurídico, en Europa son considerados documentos de contenido político.

Así por ejemplo, se manifiesta en Europa la imposibilidad de interpretar el texto constitucional desde la concepción misma del Estado liberal. En el paradigma del constitucionalismo moderno, resultado del periodo de la Ilustración, la Constitución se presenta como un objeto emanado de un poder cuasi mágico (Constituyente), que por su origen es inmutable e inalterable. La Constitución así, se materializa en un documento pétreo que manifiesta los anhelos y aspiraciones de una comunidad, de una vez y para siempre.

Como hemos señalado, ante la imposibilidad material de que todos participen en la toma de decisiones, se crea el concepto de la

---

[6] Hegel, *Lezioni sulla filosofía della storia,* trad. it. Florencia, La Nuova Italia, 1976, vol. I, pp. 137-138 citado en Bobbio, Norberto y Michelangelo Bovero, *Origen y fundamentos del poder político,* Grijalbo, México, 1985, p. 43.

[7] En todo caso no podemos olvidar que el Estado es una construcción jurídica, por ello requiere las formalidades que el derecho establece, que en este caso se materializan en la Constitución.

[8] En cuanto a esta supuesta voluntad, seguimos insistiendo en la imposibilidad de la pretendida voluntad popular, ya que lo único que se plasma en el texto fundamental es la voluntad del discurso dominante.

representación, desde la cual, los representantes desentrañarán la voluntad popular y crean en consecuencia todas las normas que contengan dicha voluntad e impongan los límites de la acción colectiva. Ante este postulado, la ley resulta perfecta, pues emana de los detentadores originarios del poder. Con ello, impensable la participación de otro actor ajeno a los representantes. Claramente lo plasmó Montesquieu: "*...los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*[9]".

Este modelo por lo tanto, se configura como un sistema de reglas en donde las mismas son creadas por el Legislador como actor soberano y representante de la voluntad popular, y el Juez, un simple aplicador del sistema establecido. Tal es el postulado del constitucionalismo moderno

En este tenor, desde la misma construcción de la teoría constitucional moderna, surge la figura del poder constituyente[10], el cual, de facto, por medio de un acto violento[11] crea la base para la construcción de un sistema jurídico. Ahí la paradoja, un acto ilegal o a-jurídico (en el mejor de los casos) se convierte en el vértice para la construcción del sistema jurídico. El Constituyente así, se convierte en una suerte de ente divino, supremo y superior, que plasma su voluntad en un texto que nos es exigido de una vez y para siempre. Tal fue el tránsito de las monarquías absolutistas a las democracias constitucionales.

Ante este planteamiento, necesario es precisar que de la Constitución (formal) por sí misma no emana ninguna fuerza. La tradición constitucionalista nos ha hecho percibirla como un documento del cual emana una poder autónomo e incontenible que nos rige. No olvidemos que la Constitución es creación humana, por ende, encuentra su fuerza y vigencia en el reconocimiento que hagamos de la misma, de lo contrario, no dejará de ser una simple hoja de papel con signos impresos. Incluso Hart, desde la filosofía analítica, se manifiesta en el

---

[9] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes,* Tomo I, Gernika, México, 2001, p. 218.

[10] Figura central para justificar el ejercicio soberano del poder popular.

[11] Entendemos por violencia no solamente un acto armado, sino cualquier rompimiento con el modelo establecido. Necesariamente ha de ser un acto violento, ya que en caso contrario, más que ante una nueva Constitución nos encontraríamos ante una reforma constitucional realizada por un poder constituido. Es decir, el constituyente por definición surge de un acto de ilegalidad. Entendiendo como constituyente al órgano originario, ya que el constituyente permanente, en todo caso, es un poder constituido.

mismo sentido al señalar que *"...los verdaderos fundamentos del derecho yacen en la aceptación de la comunidad de una regla principal fundamental que asigna a personas o grupos en particular la autoridad para hacer la ley*[12]*."*

Es decir, la validez del acto y de la creación normativa atiende en realidad a la aceptación que de manera consensual se hace de la misma[13], más que por un poder inmanente del propio texto. Estamos en el trámite de superar el formalismo positivista.[14]

Ya en el periodo de entreguerras y, de manera más acentuada a mediados del siglo pasado, comenzó la transición en cuanto a la concepción constitucional. Aquel texto supremo cuya finalidad era limitar el ejercicio del poder, transitó a ser un texto jurídico cuya esencia es el otorgamiento y protección de los derechos fundamentales, sin los cuales nos encontraríamos ante cualquier otra figura excepto ante un texto constitucional. La Constitución ya no es entendida como un límite al ejercicio del poder, sino el *"...orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida [...] Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural*[15]*...".*

A la luz de las nuevas realidades, con la conformación de sociedades multiculturales en donde se altera la homogeneidad cultural, los postulados rígidos y las fórmulas únicas no ofrecen respuestas ante las nuevas exigencias sociales. Los nuevos planteamientos y retos del mundo global no encuentran cabida en documentos pétreos que que pretenden contener la voluntad única e inalterable en el tiempo y el espacio de sus disposiciones. Además,

"Las expectativas jurídico-materiales de los diversos sectores

---

[12] Hart, H. L. A., The Concept of Law, citado en R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa, España, 1992, p. 37

[13] Obviamente no podemos olvidar que el sistema jurídico es obedecido, además, por la coacción que por medio de los instrumentos represores ejerce el Estado, no obstante, éstos resultan útiles mientras no existan factores reales de poder que se inconformen y que desconozcan el sistema establecido, convirtiéndose en la antesala para la construcción de un nuevo sistema.

[14] Desde la doctrina y en no pocos sectores políticos y sociales ya se ha superado esta rancia concepción constitucional; son en realidad los menos los que pretenden sostener de alguna manera este viejo postulado.

[15] Häberle, Peter, *El Estado constitucional,* UNAM, México, 2003, p. 3.

sociales, la exigencia del reconocimiento institucional de nuevas relaciones jurídicas que compensen el desequilibrio producido por la acumulación capitalista, el nacimiento de nuevas modalidades de la práctica social y política, chocan contra la esclerotización de un sistema que ya en sus orígenes funcionaba al servicio de las clases dominantes[16]*".*

Por ello, la necesaria transformación en el entendimiento de la Constitución como un documento que debe ser interpretado no desde el "espíritu" del legislador, sino desde la necesidades cambiantes y temporales de la comunidad.

Importante el recuento que Pedro de Vega realiza sobre el tema, quien detecta que en las figuras más significativas de los procesos americano y francés existía la convicción de que la Constitución podía ser susceptible de cambios.[17] Bajo este argumento, es claro que sujetos del pasado (constituyentes) no puede condicionar a futuras generaciones. Aún más,

"En la medida en que el constitucionalismo adquiere una proyección histórica cada vez más amplia, y en la práctica se comprueba que las leyes fundamentales, sometidas a la dinámica de la realidad y al panta rei heraclitiano de todo lo viviente, sufren transformaciones inevitables, se generalizará la conciencia de que bajo ningún concepto puede entendérselas como leyes permanentes y eternas. Frente a la idea de inmutabilidad se contrapone entonces la idea de cambio. Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece [...] su modificación resulta inexorable[18]*".*

El Estado liberal ha sido rebasado. Los principios que le otorgaban sustento son insostenibles ante la nueva realidad. ¿Cómo entender la soberanía nacional cuando las economías globalizadas impactan más allá de sus fronteras? ¿Cómo sostener el concepto de ciudadanía sin caer en la exclusión de grandes grupos y actores que no ostentan esta calidad

[16] Saavedra, Modesto, *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica,* Fontamara, México, 2004, p. 14.
[17] De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 57.
[18] *Ibidem*, p. 59

pero sin duda son trascendentes en el nuevo contexto social?[19] ¿Cómo defender la idea de la representación ante la falta de credibilidad y legitimidad de los partidos y actores políticos, que más que atender a los intereses de sus representados pareciera están preocupados por mantener e incrementar sus cuotas de poder? En esta nueva realidad, se plasma *"...la tensión latente entre un derecho constitucional concebido como derecho de las estructuras y de la organización estatal, y un derecho constitucional entendido como derecho de garantías de libertad*[20]*"*.

Aún más, la democracia como instrumento para la toma de decisiones del Estado liberal fue útil en sociedades cuya homogeneidad era tal, que dicha decisión se presentaba como una simple disyuntiva que podía ser resuelta por grandes mayorías, sin embargo, en las nuevas conformaciones sociales cuya principal característica es la pluralidad, la obtención de consensos para alcanzar los acuerdos necesarios en la creación y modificación del sistema normativo, genera que los principios resulten sumamente abstractos, ambiguos y confusos, con lo que la falta de sentido único en el texto constitucional exige la interpretación a la luz de los problemas planteados. Eso sin olvidar, que la nueva conformación social lejos de encontrar aquella identidad general en la que se inscribían grandes capas de la población, ahora se caracteriza por integrarse por pequeñas minorías, que si bien es cierto en ocasiones no alcanzan la representatividad necesaria para su inclusión de la toma de decisiones, también lo es que no por ello dejan de existir y exigir participación.

Con ello, podemos afirmar que estamos asistiendo a la destrucción de los principios del constitucionalismo moderno. Estamos en el tránsito de las constituciones rígidas a las vivientes.

Pasamos de la pretensión unitaria y simplificadora del Estado liberal-legal al reconocimiento del pluralismo y la complejidad propia

---

[19] Un ejemplo que resulta de gran trascendencia es la nueva ciudadanía europea, que permite al originario de un país perteneciente a la Unión Europea, aspirar a cargos políticos dentro de otro país de la misma comunidad, cumpliendo tan sólo con el requisito de la residencia. Además, en Europa ya se habla de una ciudadanía multinivel.

[20] De Vega, Pedro, "Historia de las doctrinas constitucionales", en M. Carbonell (Compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2008, p. 34.

del Estado social-constitucional, con lo que, se genera la transformaciónque en la concepción de ordenamiento y de la actividad interpretativa se ha dado. Abandonamos el sistema de reglas para ingresar a un sistema de principios, en el cual la autoridad jurisdiccional adquiere un papel trascendental, desplazando de alguna manera al legislador.[21]

La Constitución se presenta ahora como un documento viviente que contiene los principios que otorgan identidad a una comunidad, sin condenarla por ello al inmovilismo, sino por el contrario, principios que se irán adaptando por medio de la interpretación que realice la autoridad en la aplicación de sus actos, adecuándose a las exigencias que imponga la realidad.

Como lo plantea Hasso Hoffmann, quien apartándose de la tendencia inmovilista y pétrea de la Constitución sostiene que la eficacia y vigencia de la misma depende de complejos presupuestos, evitando *"subjetivarlos bajo el nombre de Estado y de este modo también sobrecargarlos con toda suerte de connotaciones históricas e ideológicas*[22] *"*.

Los opositores a la reforma constitucional comúnmente acuden a la existencia de principios que otorgan una identidad inmodificable, pero en realidad ¿existirá ésta? Atendiendo a la teoría contractual, si toda una comunidad determinara modificar estos principios supuestamente inalterables ¿no tendría que modificarse el pacto original? O acaso ¿la soberanía correspondió única y exclusivamente a la primera comunidad que celebró el contrato, negando con ello toda posibilidad a las comunidades posteriores, colocándose aquellas por encima de éstas? Pensar de este modo, sería condenarnos al inmovilismo y a la imposibilidad de autodeterminación.

Además, cabe reflexionar, si el término Constitución atiende a la construcción liberal[23] con las características que este modelo le impuso

[21] No en su función representativa, sino en la de creación normativa.

[22] Hoffmann, Hasso, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, citado en E. Denninger y D. Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural,* edición y traducción de Ignacio Gutiérrez, Trotta, Madrid, España, 2007, p. 15.

[23] Recordemos que el término Constitución ha tenido una evolución en cuanto a su significado, incluyendo elementos distintos en cada etapa.

¿si no se cumplen las mismas nos encontraríamos ante una constitución? O bien ¿tendríamos que redefinirla?

Tales son los cuestionamientos que se presentan en la actualidad y que parecen estar lejos de obtener respuesta por parte de los románticos del Estado liberal, sin embargo es menester no sólo reconocer la necesidad de la interpretación del texto constitucional, sino además fortalecer su parte teórica.

Todo ello, nos lleva además a la transformación del modelo estatal, iniciado en el periodo de entreguerras, transitando entonces del Estado legislativo al constitucional. En este momento, resulta insostenible el modelo liberal, cuya existencia exige un Estado mínimo cuya participación es limitada. Ahora, las exigencias son mayores, no se requiere únicamente la existencia un Estado limitado en cuanto al ejercicio del poder y garante de los derechos fundamentales, sino además debe crear las condiciones que garanticen la existencia de condiciones mínimas para el desarrollo de la comunidad.

Ante nuevos retos y la transformación de la realidad, marcada por la pluriculturalidad de las sociedades, los Estados deben ver más allá de sus demarcaciones territoriales y de sus intereses personales, para integrarse en entidades supranacionales que permitan atender las nuevas necesidades globales que se alejan cada vez de los localismos regionales y de los nacionalismos exacerbados que en poco o nada contribuyen a construir los consensos necesarios para cumplir con los fines del nuevo Estado.

III. El agotamiento de un modelo.

Como se ha señalad el Estado liberal ha sido rebasado. Los principios que le otorgaban sustento son insostenibles ante la nueva realidad. Cómo justificar los conceptos que dieron vida al Estado moderno, tales como soberanía, ciudadanía, representación, división de poderes, cuando estos no reflejan más las nuevas necesidades de la sociedad pluricultural.

Ante ello, la necesidad de redefinir los conceptos, es decir, dotarlos de un nuevo significado que atienda a la realidad. Esto claro, suponiendo que sea posible, ya que algunos de ellos se encuentran simplemente rebasados. En este sentido se manifiesta Ferrajoli, quien sostiene *"...que los cambios asociados con esta crisis [del Estado] no pueden interpretarse como el advenimiento de nuevos tipos de soberanía y ciudadanía. Más bien, han supuesto un cambio de paradigma en el derecho internacional y en la estructura de los derechos de los Estados*[24]*"*.

Es notorio el debilitamiento que se manifiesta en el modelo por tantos años adoptado en occidente. En todo caso, coincidiendo con Dussel, este parece ser un desenlace normal:

Por su naturaleza y en los momentos primeros de su creación, las instituciones por lo general responden a algunas reivindicaciones populares. Bien pronto aunque pueden ser siglos, las instituciones dan prueba de cansancio, de un proceso entrópico, de desgaste y, por otra parte, de la fetichización inevitable que la burocracia produce al usufructuar la institución (la potestas) para la sobrevivencia de la burocracia autorreferente. Cuando esto acontece la mediación inventada para la vida y la democracia, y su aumento, comienza a ser un camino hacia la muerte, la represión, la dominación.[25]

Indudablemente nos encontramos ante el agotamiento del modelo de Estado moderno. La realidad social nos impone nuevos conceptos que justifiquen la existencia del Estado y, además, que puedan adecuar las nuevas necesidades al marco jurídico e institucional.

Aún más, la soberanía y la democracia que se convirtieron en elemento fundamental de la nueva estructura estatal, ya no responden a las actuales necesidades multiculturales de la conformación estatal (léase la Unión Europea). Modelos como éstos han quedado vacios de contenido al no poder dar explicaciones a las nuevas manifestaciones de la realidad.

---

[24] Ferrajoli, Luigi, *"*Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*"*, en Miguel Carbonell (coordinador), *Teoría de la Constitución*, Porrúa-UNAM, México, 2008, p. 397

[25] Dussel, Enrique, *20 tesis de política,* Siglo XXI: Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y el Caribe, México, 2006, p.33

Así por ejemplo, la soberanía desde la concepción del Estado moderno, cuya característica se manifiesta en el monopolio de la construcción normativa y de la posibilidad coercitiva, además de la posibilidad de regularse y autodeterminarse en oposición a otros Estados soberanos, es totalmente insostenible ante la nueva realidad. La adhesión de los Estados a pactos de carácter internacional, los sujeta a la obediencia de normas emitidas por órganos supranacionales, que en no pocas ocasiones, se oponen a las normatividad interna. Así también, la existencia de una economía de mercado global, genera necesariamente impactos en todos los Estados soberanos, con lo que queda en duda la verdadera capacidad de autogobernarse con la que supuestamente cuentan los Estados.

Todo ello, nos lleva necesariamente a cuestionar la vigencia de conceptos creados hace más de doscientos años, que en nada parecen atender a la realidad. Ello suponiendo además, que en algún momento hayan tenido vigencia. Así pues, para Gurutz Jáuregui, la soberanía.

"…ha sido siempre más un mito que una realidad, un mito que ha servido más para legitimar la supresión de la competencia política, tanto en asuntos internos como internacionales, que para poder ejercer un poder real. Muy pocos Estados han ejercido en la práctica, incluso en los momentos más intensos del Estado nacional, una soberanía de estas características[26]*".*

Pero no sólo la soberanía se somete al riguroso escrutinio de su identidad con la realidad. Son en realidad todos los conceptos que dan sustento a la construcción y justificación del Estado moderno los que deben someterse necesariamente a este análisis. En este sentido, nos enfrentamos también a la figura de ciudadanía. Ésta se había convertido en el status de excelencia que permitía la participación política de los integrantes de la comunidad. Este concepto desde su creación, tiene un marcado carácter diferenciador y excluyente, ya que esta prerrogativa no correspondía de forma igualitaria para la comunidad. Su existencia exige condiciones especiales para su materialización (ser nacional del país,

[26] Jáuregui, Gurutz, "Estado, soberanía y constitución", en Miguel Carbonell (compilador), *Teoría de la Constitución, op. cit*. p. 415.

género, condición económica, etcétera). Es decir, se crean distinciones dentro de la participación estatal.[27]

Pero estas diferencias lejos de acotarse ante el garantismo y la Constitución como un documento de principios, parecen acentuarse cada día más ante la interminable movilización poblacional en la actualidad, en donde, se coloca a los migrantes no sólo en una clara desventaja para la participación en la vida política,[28] sino incluso, en la desatención básica en rubros que son considerados de garantía esencial (salud, trabajo, vivienda).

En este orden de ideas, la representación es, quizás, el más insostenible de los conceptos mencionados. Aquel ideal que pretende hacer de los representantes los detentadores de la voluntad popular, que en pleno conocimiento de los intereses y necesidades de la población, desentrañan la voluntad popular, plasmándola en las disposiciones normativas y con ello garantizar su bienestar, resulta, por decir lo menos, risible.

La nueva conformación política, en donde los partidos se vuelen el eje de todo sistema político, ha arrebatado la soberanía interna a la población. Los representantes,

"Alejados entonces de la sociedad, […] fortalece(n) la creación de cúpulas de decisión interna que realizan y consensan los trabajos, dejando a la mayoría de los legisladores como meros ratificadores de los acuerdos institucionales; los coordinadores parlamentarios como garantes efectivos en la toma de decisiones. […] los representantes mantienen compromisos con su partido y el poder, pues de estos obtendrán […] la continuidad en su carrera política.[29]

---

[27] No olvidemos, por ejemplo, que es apenas a mediados del siglo pasado que en México se reconoce la participación política a las mujeres. Incluso han llegado a existir limitaciones de tipo económico dentro de la geografía mundial.

[28] Un caso necesario de precisar, es la situación de diferenciación o discriminación en el sistema jurídico mexicano. Así pues, la misma Constitución federal, establece claras diferencias entre los mexicanos por nacimiento y por naturalización, teniendo éstos todas las obligaciones pero con marcadas restricciones sobre todo en la participación de la vida política. Con ello, parecemos enfrenarnos a la existencia de mexicanos de primera y segunda clase.

[29] Rascado Pérez, Javier, "El derecho, instrumento del poder", en Javier Rascado Pérez (coordinador), *Pensar el derecho, op. cit*. p. 24.

La división de poderes por su parte, debe redefinirse desde la realidad de las nuevas funciones del Estado. El postulado clásico ha sido rebasado, y teniendo en cuenta, que institucionalmente se han incorporado nuevas funciones en la obtención de los fines del Estado, debemos plasmar esta realidad en el nuevo entendimiento estatal, así por ejemplo, funciones como la de Ombudsman, deben ser reconocidas en la nueva configuración, a la par de muchas otras funciones de características similares que se dan en el nuevo orden institucional.

Al momento, parece estar fuera de toda discusión la transformación de la realidad, pero necesario es para enfrentarnos a la redefinición del Estado, preguntarnos ¿qué factores han ocasionado dicha transformación? Se ha desprendido de lo desarrollado con anterioridad, que la movilización poblacional ha sido un factor para esta transformación. Sin embargo, posiblemente el mayor causante los encontremos en la nueva economía global. Así vemos, como los grandes intereses económicos han adquirido dimensiones tales, que en no pocas ocasiones rebasan a los Estados nacionales, generando desequilibrios en el juego de fuerzas que en ocasiones ponen en desventaja a los gobiernos. Pareciera ser que la actividad política y gubernamental, siguiendo los viejos anhelos de Smith, se rige por las reglas que el mercado libre impone.

Aún más, fueron las grandes empresas las que mejor entendieron el reordenamiento mundial, y anticipándose a las reacciones de los Estados clásicos, se conformaron en grandes corporaciones en donde la nacionalidad lo era ahora el dinero. Se alejaron de aquellos nacionalismos que los apartaban de la consecución de su fin último: la utilidad. Con ello, construyeron las grandes transnacionales que parecen perder identidad pero que indudablemente ganan presencia en el contexto mundial.

Nos encontramos pues, ante el debilitamiento del Estado a favor de los intereses privados y supranacionales, lo que indudablemente repercute en la cesión del monopolio de la fuerza y el control por parte del Estado, a entes no del todo visibles cuya finalidad no es clara, pero en

todo caso es seguro que no atienden a fines altruistas y mucho menos a cumplir los fines del Estado.

Europa ha sabido enfrentar esta nueva realidad. Desgastado por las luchas intestinas de fuerte contenido histórico, se vio obligado a generar acuerdos más allá de sus fronteras que le permitiera, por una parte, terminar con la destrucción que generaba el estancamiento en todos los aspectos, y por otra, enfrentar los nuevos retos globales que grandes potencias como Estados Unidos le imponían.

Desde esta visión de futuro y, por qué no decirlo, de sobrevivencia, Europa vislumbra una salida que lo aleje de los cerrados conceptos del Estado moderno, para transitar (no sin resistencias) de manera firme hacia la redefinición del Estado.

IV. Factores del cambio

Indudablemente la "globalización" ha pasado a ocupar un lugar preponderante en todos los posicionamientos teóricos que den cuenta de la nueva realidad estatal. Cabe aclarar, que a diferencia de lo que se ha pretendido sostener, la globalización no sólo atiende al aspecto económico, ya que ésta se ha manifestado indudablemente en cuestiones jurídicas, políticas, culturales y sociales.

La globalización junto con otros fenómenos, ha transformado la realidad con lo que se ha generando un extenso debate sobre la forma de entender el Estado y el lugar que debe ocupar en la organización política de las sociedades. En este proceso, ha sido de gran trascendencia los procesos supranacionales, principalmente la Unión Europea[30] ya que crea un nuevo marco institucional que repercute en las soberanías de los Estados miembros.

Los elementos que caracterizan el cambio se pueden enumerar de la siguiente manera:

1. Conformación de nuevas estructuras de actores.
2. Transformaciones institucionales del Estado.

[30] No podemos olvidar otros esfuerzos loables como lo es el Mercosur y las nuevas conformaciones asiáticas, sin embargo, es el modelo europeo el más acabado en todos los sentidos.

3.Nuevas integraciones regionales: el caso de la Unión Europea y los poderes soberanos.

4.La crisis de los Estados y la legitimidad democrática

El sistema internacional contemporáneo se ha hecho cada vez más complejo, particularmente tras la Segunda Guerra Mundial. En un mundo inmerso en el nuevo modelo económico, en donde los sucesos violentos afectaban los intereses de mercado, las sociedades cada vez más exigentes reclamaban espacios que garantizaren un mínimo de bienestar y, además, exigían nuevas relaciones internacionales.

A la par, los cambios en las relaciones de poder y los medios de producción internacional, impactaron drásticamente las nuevas relaciones entre Estados. Muchos son los temas que ahora unen y transforman a los Estados rígidos del pasado. Temas como democracia, derechos humanos y el medio ambiente, entre otros, adquieren una dimensión más global.

Este fenómeno tiene como característica la construcción de un nuevo espacio socio-económico y político que traspasa los límites del Estado moderno y tradicional. Con ello, el territorio que era uno de los elementos fundamentales del Estado moderno, es ahora rebasado en los nuevas conformaciones estatales.

Esto además, exige una reterritorialización de la actividad socio-económica, con la consecuente necesidad de implementar mecanismos de gobernabilidad y de integración cultural. Asimismo, la relación entre globalización y los conceptos clásicos del Estado moderno, como el de soberanía, exige una redefinición para ser utilizados dentro del nuevo contexto.

Tenemos que encontrar nuevos elementos que integren los conceptos y otorguen un contenido apegado a la nueva realidad. Se requiere además, desvincular la soberanía de la territorialidad y el poder del Estado.

V. El modelo europeo

No es la intención del presente trabajo realizar un estudio profundo y sistemático de la conformación de la Unión Europea, sin embargo, si se vuelve necesario realizar por lo menos un pequeño esbozo que permita comprender las exigencias y transformaciones que han enfrentado los Estados europeos.

Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, se presentan urgencias ante la devastada Europa. Por una parte la necesidad de reconstruir económicamente el continente europeo y por otra garantizar una paz duradera. Por ello, surge la idea de crear un acuerdo económico cuya finalidad era conformar la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Indudablemente el objeto oculto, era alejar el fantasma de la guerra y abrir la vía de la integración europea.

En este primer acuerdo supranacional, firmado en 1951, participaron Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. Con ello, se logró en lo económico, el establecimiento de un mercado común con la libre circulación de productos. Prohíbe las medidas o prácticas discriminatorias, las subvenciones, las ayudas o las cargas especiales del Estado y las prácticas restrictivas.

Pero no sólo en lo económico se agota el tratado, por el contrario, ante la necesidad de garantizar el cumplimiento del mismo, se crean organismos que vigilen y exijan el cumplimiento, cuyas resoluciones son obligatorias para las partes y se encuentran por encima de los órdenes locales.

Posteriormente, y ante lo positivo del acuerdo, se generan una serie de modificaciones y nuevos tratados que permitieron la consolidación que actualmente conocemos. Entre ellos, el Tratado de Bruselas (1965), el Acta Única Europea (1986), Tratado sobre la Unión Europea (1992), el Tratado de Ámsterdam (1997) y el Tratado de Niza (2001).

Indudablemente todos ellos son de gran trascendencia y sin los mismos sería inexplicable la actual conformación, sin embargo por su

impacto, destacan el Tratado de Maastricht que agrupó bajo un mismo techo a la Unión Europea y a las cooperaciones institucionalizadas en

materia de política exterior, defensa, interior y justicia. Además, crea la unión económica y monetaria, estableciendo nuevas políticas comunitarias y desarrolla las competencias del Parlamento Europeo.

Por su parte, es también de gran trascendencia hacer mención del Tratado de Niza, ya que pretende una Constitución para Europa, que de materializarse, será sin lugar a dudas de gran impacto en la transformación y entendimiento del nuevo constitucionalismo y, en consecuencia, del Estado.

Europa entonces, materializa su opción a través de la Unión Europa. Además, debe considerares la voluntad política para ir haciendo coincidir su peso comercial, financiero, económico e incluso de cooperación con su poder político. En todo caso, Europa es parte de su historia.

Desde este punto de vista, puramente histórico, el Estado constitucional puede considerarse como un resultado de conjunto en el que confluye y se precipita toda la experiencia del Estado moderno europeo, en sus distintos aspectos, en su búsqueda de un centro y de una ley como expresión de unidad, pero también con su amplia tradición pluralista, radicada en los muchos siglos anteriores a la revolución, conectada siempre con un papel activo, no de mera aplicación, de la jurisprudencia.[31]

Con todo ello, son insuficientes los viejos conceptos para explicar el nuevo modelo. Así por ejemplo, el concepto de soberanía desde la concepción primigenia del Estado moderno no es sostenible ante la nueva realidad del modelo europeo. Un caso claro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que emite resoluciones obligatorias para los estados miembros, pudiendo ser contrarios a las disposiciones de dichos Estados y a los criterios de las autoridades de estos países. Incluso en la práctica, funciona más como un tribunal constitucional, ya que por medio de la jurisprudencia interpreta el contenido de la legislación de los

[31] Fioravanti, Maurizio, "Estado y constitución", en Maurizio Fioravanti (editor), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, España, 2004, pp. 28-29

Estados miembros. Se debilita con ello, la autoridad de las constituciones locales.

Ejemplo de ello, es la existencia de organismos supranacionales que interpretan a la luz de los nuevos acuerdos y disposiciones internacionales, con lo que impactan necesariamente en el orden jurídico de los países miembros.

Las nuevas instituciones europeas, los tribunales, el parlamento, distorsionan el modelo clásico de Estado, generando con ello una realidad novedosa y compleja que lejos de sus fronteras es todavía poco entendible. Aún más,

> *En nuestros días, debido a la irracionalidad de su estructura internacional, la Unión Europea es un particular actor político que opera sin una Constitución. Posee un Parlamento con funciones consultivas y de control, pero no legislativas; un Consejo de Ministros con funciones normativas, pero libre de control parlamentario; una Comisión con funciones administrativas, pero ampliamente independientes de aquéllas del Consejo; y una Corte de Justicia con muchas, aunque en gran medida irrelevantes, competencias.*[32]

En resumen, se vacían los conceptos y se debilita el modelo.

Además, las reticencias generadas por los Estados miembros no son pocas, y los ejemplos son abundantes. No olvidemos el reciente intento fallido de creación constitucional, en donde el revés sufrido en Francia y Holanda, obligó a suspender el proceso en aras de pretender una segunda oportunidad.

El cambio de paradigma es complejo y doloroso, por que se enfrenta además ante identidades nacionales que se resisten a la integración que culturalmente parece en ocasiones inviables. En todo caso, Europa asume este ejercicio como una necesidad para enfrentar los embates de la realidad.

---

[32] Ferrajoli, Luigi, op. cit. p. 405.

VI. Conclusiones

Como se ha sostenido, se torna urgente y necesario enfrentar el cambio de paradigma y la construcción del nuevo modelo estatal. Por ello, debemos de proponer las opciones que nos lleven a los resultados deseados.

Nos encontramos ante el desmantelamiento del Estado moderno, sin encontrar aún al paradigma que lo sustituya. La urgencia no es menor.

Por ello, se formulan entre otras, las siguientes propuestas:

La primera reforma que se antoja obligatoria, es la reforma estructural de la Constitución. Pretender un modelo no de reglas, sino de principios, que tienda a las necesidades cambiantes de la realidad, y que permita en su seno la pluralidad y apertura suficiente para dar respuestas a los nuevos planteamientos de la realidad.

En el caso de la propuesta constitución europea, cabe precisar que más que un documento o pacto fundamental, es en realidad un tratado más. Ello por supuesto no modifica la realidad en la transformación y entendimiento del Estado.

En segundo término, redefinir los conceptos que den sustento al Estado, o la creación de nuevos que permitan dar contenido al marco teórico y conceptual de la nueva conformación social. Por ejemplo, la ciudadanía es uno de los grandes temas en la transformación del Estado. En la actualidad, la ciudadanía europea es de segundo grado y se yuxtapone a la nacionalidad originaria, permitiendo la participación en la vida política de los ciudadanos comunitarios en países de los que no son nacionales (no confundir nacionalidad con ciudadanía), con lo cual, se vive además una realidad política hasta no se hace mucho impensable. Además, deben redefinirse o dotar de nuevo significado, conceptos tales como soberanía, representación e incluso, estado de derecho.

En todo caso, el cambio del rol del Estado no pasa por seguir adecuándose a las políticas neoliberales, aunque es un gran dato de la realidad global, sino más bien a las necesidades que la propia comunidad imponga.

Todo lo anterior, tendrá que pasar necesariamente por la voluntad de los actores políticos, para que no solamente permitan las modificaciones en el sistema jurídico, sino que además se vuelvan corresponsables de la nueva dinámica institucional.

El nuevo movimiento constitucional propone desandar el camino recorrido y, además, construir un nuevo entendimiento del Estado actual. Superada la euforia del paradigma neoliberal, aceptada la inviabilidad del mundo socialista y ante el proceso de globalización, el Estado enfrenta severos retos y experimenta sustanciales transformaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, MANUEL. El sentido del Derecho. Ariel Derecho. España, 2004.

ATIENZA, MANUEL Y FERRAJOLI LUIGI. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. UNAM, México, 2005.

BOBBIO, NORBERTO. Teoría general del derecho. Themis, Colombia, 1997.

BOBBIO, NORBERTO. Origen y fundamentos del poder político, Grijalbo, México, 1985.

BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Prólogo de Peter Haberle, Tecnos, Madrid, España, 1997.

CARBONELL, MIGUEL (Compilador), Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos, Porrúa-UNAM, México, 2008.

CIENFUEGOS SALGADO, David. Constitucionalismo local. Porrúa, primera edición, México, 2005.

DENNINGER, ERHARD Y GRIMM, DIETER, Derecho constitucional para la sociedad multicultural, edición y traducción de Ignacio Gutiérrez, Trotta, Madrid, España, 2007.

DWORKIN, RONALD, El imperio de la justicia, Gedisa, España, 1992.

FIORAVANTI, MAURIZIO (editor), El Estado Moderno en Europa. Instituciones y derecho, Trotta, España, 2004.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR Y VALENCIA CARMONA SALVADOR. Derecho constitucional mexicano y comparado. Porrúa, tercera edición, México, 2003.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO Y F.J. LAPORTA (editores), El derecho y la justicia, Trotta, España, 2000.

HÄBERLE, PETER. El Estado constitucional. UNAM, primera reimpresión, México, 2003.

HABERMAS, JÜRGEN. FACTICIDAD Y VALIDEZ. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso. Trotta. Madrid, España. 2000.

LASSALLE, FERDINAND. ¿Qué es una Constitución? Ediciones Coyoacán, novena edición, México, 2004.

MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Tomo I, Gernika, México, 2001.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. El derecho como obstáculo al cambio social. Siglo Veintiuno Editores. México, 1981.

RASCADO PÉREZ, JAVIER Y ZAPATA MARTÍNEZ, JACQUELINE (Coordinadores), Pensar el derecho, FUNDAp, México, 2007.

SORIANO, RAMÓN. Interculturalismo. Entre el liberalismo y comunitarismo. Almuzara, España, 2004.

TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO. Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica). Editorial Themis. México, segunda reimpresión 2005.

- Introducción al estudio de la constitución. Fontamara, México, 1998.

TROPER, MICHEL, La filosofía del derecho, Tecnos, España, 2008.

VÁZQUEZ RODOLFO (Compilador), Interpretación jurídica y decisión judicial, Fontamara, México, 2006.

LA COORDINACIÓN FISCAL Y SU INSERCIÓN DENTRO DEL SISTEMA FEDERAL MEXICANO. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN.

NORMA ESTELA PIMENTEL MÉNDEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ACCIDENTES DEL SISTEMA FEDERAL MEXICANO: EN CAMINO A LA FRAGMENTACIÓN. III. DE LA MULTIPLICIDAD HACIA LA UNIDAD, EL CAMINO DE LA COORDINACIÓN FISCAL. IV. SIGUIENDO EL CAMINO TRAZADO V. BIBLIOGRAFÍA

I.-Introducción

La existencia de congregaciones humanas responde a la propia naturaleza del hombre de vivir en sociedad. Así pues, a la par del establecimiento de las primeras comunidades, se presentó la necesidad de crear una forma de organización que respondiera a sus necesidades peculiares conciliando las diversidades y convergencias que existieran en ellas, permitiendo el crecimiento y la satisfacción de sus necesidades primarias, así como conceder seguridad a los habitantes agrupados en su circunscripción territorial. Es decir, el hombre necesitó una forma de gobierno que los unificara y organizara, sin que esto significara la pérdida total de su libertad, situación que aún en la actualidad continúa buscándose.

Dentro de esta evolución se localiza la historia conceptual del federalismo, cuya estructura dual de gobierno se presentó por primera vez en las tribus Hebreas, las ligas formadas por ciudades Griegas e incluso las alianzas entre tribus Precolombinas, las que aun cuando fueron motivadas generalmente por factores militares, demostraron su interés por crear una estructura orgánica superior, quedando manifestado el contenido etimológico de esta palabra que proviene del latín foedus o federare que significa ligar, unir o alianza. Su

* Licenciada en Derecho por la Universidad de las Américas-Puebla. Maestra en Derecho Empresarial y Fiscal por la Universidad Iberoamericana de Puebla. Postulante a Doctor en Derecho por la BUAP.

[55] En relación con lo anterior, consideramos que tal y como lo señala el Maestro Gámiz Parral, el Estado Federal es "aquel que fue formado por varios estados o entidades que permanecían separados antes del pacto". Gámiz Parral, Máximo N.,*Derecho Constitucional y Administrativo de las Entidades Federativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 55.

Organización, aunque precaria, se justifica como antecedente del federalismo toda vez que ésas antiguas alianzas mantenían un principio de unidad política que no implicaba la pérdida de autonomía para las partes integrantes. Pero, ¿cuáles fueron las razones por las que nuestro país se constituyó bajo esta organización? Se ha dicho que el sistema Federal sufre una terrible fragmentación y que desafortunadamente, los Estados y Municipios se han convertido en meros receptores de las transferencias que la Federación decide enviarle, ¿a esto podríamos llamarle Federalismo o mejor sería nombrarlo centralismo coordinado?

Estas interrogantes y un enorme deseo por encontrar un camino más apropiado para el crecimiento financiero de las entidades administrativas locales, son lo que motivaron a realizar un estudio con relación a la génesis de nuestro sistema de coordinación fiscal, pues consideramos de suma importancia profundizar en el conocimiento de su nacimiento. Si somos capaces de comprender las razones por las que se instaura en nuestro país un mecanismo, como el que en este caso en particular revisaremos, seremos capaces de integrar los diversos aristas de la realidad que ahora enfrenta México.

I.Los Accidentes Del Sistema Federal Mexican
a.¿Por qué surge la federación en México?

El federalismo surgió como una práctica, que con el paso de los años daría lugar a una serie de teorías y conceptos, como el acuñado por Rafael de Pina quien lo expone como la "…Doctrina que afirma la conveniencia política de que las distintas partes del territorio del Estado no sean gobernadas como un todo homogéneo, sino como entidades autónomas, de acuerdo con una coordinación fundada en un reparto racional de competencia[56]…"; sin embargo, si bien, dicho concepto conserva el ideal de una agrupación política con una estructura en la cual las vastas diversidades pueden desarrollarse sin perder su libertad, el autor omite considerar las dimensiones históricas, sociales, políticas y culturales, circunscribiendo su definición en un aspecto constitucional

[56] De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1996, p. 287.

de una forma de gobierno. Desde nuestro punto de vista, un concepto integral de federalismo debiera considerar las variaciones de acuerdo a las condiciones sociales e históricas de los pueblos.

En un principio se podría pensar que ésta idea se generalizó en casi todos los países europeos, aunque puntualizar que la concepción del federalismo proviene solo de ése continente dejaría sin crédito las formas de organización de gobierno que se presentaron, aunque en forma rústica en la América Precolombina. Otra perspectiva señala que el modelo federal proviene de una invención de Norte América, lo que se considera discutible, pues si bien se cree que los escritos recopilados en "El Federalista" por Hamilton, Madison y Jay son el mejor análisis para la aplicación más adecuada de esta forma de gobierno, también lo es que su instauración en ese país se concretó gracias a la particular combinación de pensamientos eurobritánicos que ya concebían estos conceptos políticos, con los propios que se formaron a raíz de la colonización, así como a las condiciones políticas y sociales en las que vivían los colonos norteamericanos al momento de firmarse la Constitución que los rige desde marzo de 1789.

Con relación a la adopción en nuestro país de esta ideología, es definitivo, que su evolución histórica ha sido accidentada, además de que ha costado trabajo determinar la fuente en la que se basaron los constituyentes mexicanos para incluir esta forma de gobierno en la Constitución de 1824, por lo que ha sido necesario vincular el sistema federal mexicano con la evolución política y social de cada momento vivido en nuestro país, pues hasta la fecha sigue sufriendo modificaciones.

En efecto, sería imposible sostener que el federalismo se circunscribe a la definición constitucional de una forma de gobierno, ya que no solo existe dificultad para establecer sus antecedentes históricos, sino también para precisar de manera acertada a esta forma de gobierno, así que muchos tratadistas han optado por establecer las características del mismo, en vez de presentar un axioma cerrada. Desde esta

perspectiva, consideramos muy acertada la manera en que el investigador Máximo N. Gámiz Parral, en su libro Derecho y Doctrina Estatal, se refiere al sistema federal:

> *...un sistema federal se constituye con base en una Constitución general que establece la estructura organizacional del Estado, integrada por un Estado global que representa internacionalmente a varios estados componentes y que cuenta con un gobierno que realiza varias funciones y actividades, conservando la unidad; pero al mismo tiempo se reconoce la autonomía interior de los estado miembros dirigidos por gobiernos locales, dotados de facultades para realizar tareas y acciones para sus habitantes. Lo anterior da lugar a la concurrencia de dos órdenes gubernamentales que propician y garantizan un lazo de unión general y una pluralidad de particularidades en los aspectos políticos, económicos y sociales, con sistemas jurídicos que se complementan.*[57]

Al examinar este texto se observa que el autor conserva el tinte histórico constitucional en su explicación, al considerar dos órdenes de gobierno: el local y el global; sin omitir "los aspectos políticos, económicos y sociales", que expresan la participación e interacción ciudadana en este orden de gobierno.

Siguiendo el método anterior, resulta importante analizar la génesis del federalismo mexicano expuesta por el Doctor Jorge Carpizo, mediante tres interpretaciones, que se citan a la letra para una mejor compresión:

> *La primera, que fue una imitación extralógica del sistema de los Estados Unidos de Norteamérica, que México durante los tres siglos de la dominación española fue un gobierno central, que los pueblos no estaban acostumbrados a autogobernarse, que el sistema federal serviría para desunir lo que estaba unido; la segunda, que el sistema federal fue una necesidad, que sirvió para unir lo que se estaba desuniendo y que en los últimos años de la Colonia existió un principio de descentralización política que*

[57] Gámiz Parral, Máximo N., *Derecho y Doctrina Estatal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 17

constituye el germen del sistema federal mexicano; y la tercera, que los pueblos del Anáhuac en la época prehispánica se organizaron de acuerdo con la idea del régimen federal, que existió una confederación de los estados de Tenochtitlan, Tetzcoco y Tlacopan, los que a su vez se estructuraron como federaciones.[4]

La segunda teoría es fuertemente apoyada por Gámiz Parral[5], quien resalta el hecho de que las diputaciones provinciales –órganos de gobierno y administración autónoma dentro de la provincia colonial- amenazaron con separarse en caso de que no se hubiera adoptado el actual sistema federal, pues los pobladores estaban convencidos de la necesidad de contar con autoridades regionales, más cercanas a ellos, como fue el caso de Yucatán, que mediante el "Acta General de la Junta de las Corporaciones, Jefes y Electores del Partido, de 1823", estableció su obediencia al gobierno supremo de México, siempre que éste fuera liberal y representativo, señalando además el derecho de contar con su propia Constitución y las Leyes necesarias para su felicidad.

Por otra parte, y pese a que la última interpretación es la menos considerada por diversos autores como el origen de nuestro sistema federal, desde nuestro punto de vista es necesario incorporarla a este trabajo, pues reafirma la idea manifestada en líneas previas referente a que el núcleo del pensamiento federalista se encontraba presente en la mayoría de las agrupaciones humanas, sin importar que su definición como tal aún no se hubiera concebido. Además, esta forma de organización política, económica y social sufrió el embate con la llegada de los españoles, provocando con su invasión una modificación estructural en el pensamiento de los habitantes de la que en ese entonces se conociera como Nueva España, la cual para en el siglo XVIII, se encontraba habitada por tres y medio millones de personas, de los cuales el veinte por ciento eran europeos, españoles y criollos, otro 20% lo

---

4 Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales,* UNAM, Porrúa, México, 1999, p.82

5 Gámiz Parral, Máximo N., *Derecho Constitucional y Administrativo de las Entidades Federativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 72.

integraban mestizos, y el resto indios y diferentes castas,[6] y pese a que las diferencias que prevalecían en cada grupo, en todos nació el anhelo de la libertad, lo que produjo solidaridad de parte de los criollos en contra de España, situación que trajo como consecuencia la transformación estructural de nueva cuenta, de los órganos de gobierno.

Al llegar a este punto se podría decir que las tres interpretaciones de la génesis del federalismo mexicano son complementarias, desde el punto de vista en que se enfocan a dejar de manifiesto la necesidad de unión, soberanía y al mismo tiempo descentralización del poder.

Así mismo, el devenir histórico puede mostrar la manera en que las mismas se han entrelazado, no siendo óbice que en la práctica las teorías relativas a esta forma de organización, se ha afectado por la oleada de acontecimientos históricos, políticos y sociales que nuestro país ha vivido.

Resulta importante resaltar que la idea del federalismo en México se encontraba presente en las provincias coloniales, pues necesitaban una organización que les garantizara libertad, y que a su vez evitara la desintegración en el territorio nacional; aunque para algunos, como el economista Castro Melgarejo, no se pude dejar pasar por alto que *"en el pensamiento nacional, influyeron las teorías sociales que prevalecían en el contexto internacional de la época, como lo eran el liberalismo francés y el federalismo Estadounidense*[7]*"* ; sin embargo esta postura es cuestionable, pues el fenómeno de la globalización aún no impactaba la realidad social que cada nación experimentaba, siendo suficientes los acontecimientos que nuestro pueblo experimentó para difundir en ellos la semilla de la independencia y soberanía, relacionada con la necesidad de unificar la vasta extensión territorial.

A.El régimen Federalista, una revisión a su instauración constitucional

Existieron serias tensiones para lograr instaurar el régimen

[6] Fuente de los datos: Gámiz Parral, Máximo N, *Derecho y Doctrina Estatal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2000, p. 11.

[7] Castro Melgarejo, Reynaldo, *Transparencia en el Origen y Destino de los Recursos Públicos desde los Municipios, para consolidar la Gobernabilidad Democrática*, Ediciones Luciana, México, 2001, p. 92.

federal como forma de gobierno protegida por la Constitución, pues la influencia de tipo centralista y autoritaria recibida directamente de España, se reflejó en los primeros documentos que se elaboraron en nuestro país antes de que alcanzara la independencia, dando lugar a contradicciones, como la ejemplificada por Ortega Lomelí,[8] pues en el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba donde se establecía como forma de gobierno una monarquía constitucional moderada, aunque por otra parte, se permitía la vigencia de la estructura regional prevista en la Constitución de Cádiz, reflejada en la práctica de las diputaciones provinciales y los ayuntamientos.

Una vez iniciados los trabajos del primer Congreso Constituyente, pese a los debates que se suscitaron entre liberales y conservadores, el triunfo de los primeros determinó la forma en la que se gobernaría el país, gracias a grandes próceres como Manuel Ramos Arizpe, Valentín Gómez Farias, Crescencio Rejón, entre otros, quienes lograron que en el texto del Artículo 5° del Acta Constitutiva de la Federación de 1824, se expresara lo siguiente: "… La nación opta para su gobierno la forma de república representativa popular federal …[9]".

En consecuencia de lo anterior, Ortega Lomelí opina que con esta inclusión "las provincias pasaron de su carácter autárquico, entendido en sentido jurídico como el régimen aplicable a una organización política regional en el que ésta goza de facultades reglamentarias y administrativas, pero no legislativas, a un régimen de autonomía, en el que los gobiernos estatales gozan de dichas facultades para dotarse de su propia constitución, con apego a los lineamientos de la Federal ".[10]*;*

sin embargo, esta situación sólo quedó inscrita en el Acta Constitutiva de 1824, mas no en la Constitución de ese año, por lo que estamos de acuerdo con nuestro autor que *"el concepto de soberanía radicada en los Estados no opero en ese momento histórico*[11]*".*

---

[8] Ortega Lomelín, Roberto, *El nuevo federalismo la descentralización*, Porrúa, México, 1988, p. 35

[9] Texto del artículo en: Ortega, Jesús, "Hacia un nuevo federalismo", en Diego Valdés y Rodrigo

[10] Gutiérrez Rivas (coords.), *Economía y Constitución*, UNAM, México, 2001, p. 191.

[11] Ortega Lomelín, Roberto , *op. cit.*, p. 38.

Por medio del establecimiento del sistema republicano federal en 1824,[12] se extinguió la tentación monárquica, dejando atrás al Imperio de Iturbide, rompiendo a su vez, definitivamente el vínculo con España, sin embargo diversos acontecimientos como la inestabilidad de los gobiernos, las intervenciones extranjeras, las guerras civiles, el caciquismo, el atraso económico, social y cultural en el cual, desde esa época se encontraba sumido nuestro pueblo, y un sin fin de situaciones negativas que se conjugaron para que no se viviera la institución federal, ni mucho menos la soberanía popular, la división de poderes y los derechos humanos.

Aunado a lo anterior, en 1836 se modificó la forma de gobierno del país, regresando al régimen central mediante la emisión de las Siete Leyes, transformándose los Estados libres y soberanos en departamentos que contaban con un cierto grado de autonomía básica que no contraviniera al gobierno central. Aunque los partidarios del sistema federal se inconformaron con la postura adquirida por el nuevo gobierno, su lucha trajo por consecuencia que el General Antonio López de Santa Anna, nombrara la Junta de Notables, la cual se encargaría de expedir las Bases Orgánicas de la República Mexicana, que sólo retomaron el régimen central implantado por la Constitución de 1836.

A pesar de la incertidumbre que se vivía en el país, los liberales continuaron luchando, logrando que en 1846 se desconociera el régimen centralista y se pugnara por la formación de un nuevo Congreso integrado por representantes del pueblo, por lo que mientras se realizaran los trabajos de la creación de una nueva Constitución, se volvería a dar vigencia a lo establecido por la de 1824, reinstaurándose el sistema federal como tipo de gobierno para el país, situación que fue ratificada por el Acta de Reformas de 1847.

Desafortunadamente, el régimen federal restaurado por Ley se quebrantó una vez más por Santa Anna, quien en 1853 estableció su

[12] En esta Constitución, el autor Valls Hernández considera que "se adoptó la teoría De Tocqueville, en la que se sostenía que existía una cosoberanía entre la Federación y las entidades que la integran"; consideramos que esta fórmula persiste en la Constitución vigente. Valls Hernández, Sergio,"Aspectos jurídicos del federalismo fiscal", en David Colmenares Páramo y Moisés Villarruel Mata (coords.), *Federalismo fiscal desde Estados y municipios*, El Economista Mexicano/Colegio Nacional de Economistas, México, 1999, p. 14.

gobierno dictatorial, mismo que fue derrocado gracias al Plan de Ayutla de 1854.

Sería hasta 1857 cuando se logró consolidar el federalismo mexicano, quedando la redacción del Artículo 40 de la Constitución del mismo año en los términos siguientes: *"Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental*[13]*"*, cabe mencionar que el texto de este Artículo con el mismo numeral fue ratificado por el Constituyente de 1917, por lo que hasta la fecha sigue estando vigente, aunque hasta el mes de junio de 2005, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sido reformada en 428 ocasiones, el Artículo 40 no ha sufrido ninguna variación.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución de 1857 respetó la existencia de dos esferas soberanas, Federación y Estados, conforme a lo establecido por el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824, la práctica política y administrativa fue adquiriendo cada vez más rasgos centralistas con la intención de consolidar la integridad territorial.

Derivado de la Revolución Mexicana surge la Constitución de 1917, mediante la cual, según la opinión de José Francisco Ruiz Massieu, se reconoce por primera vez la existencia en nuestro país tres niveles de gobierno: Federal, Estatal y Municipal, refiriéndose a los dos primeros como "… *órdenes orgánicos, normativos y de competencias, de idéntica jerarquía, y sometidos ambos a la propia Constitución*…[14]*"*, y respecto del Municipio señala que la propia Constitución lo establece como *"la base de la división territorial, así como de la organización política y administrativa de los Estados*[15]*"*. Cabe señalar que en esta

[13] Texto del artículo en: Ortega, Jesús "Hacia un nuevo federalismo", en Diego Valdés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Economía y Constitución*, UNAM, México, 2001, p. 225.

[14] Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de Derecho Político* (México-España), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 21.

[15] *Ibídem.*

* Pese al carácter centralista de estos documentos, coincidimos con Ruiz Massieu en que éstos "fueron más explícitos y sistemáticos en relación al tema del municipio", ya que sería hasta la Constitución de 1917 que la institución municipal se incorporaría a nuestra más alta jerarquía normativa, gracias al Plan de Guadalupe y al entonces presidente Venustiano Carranza. José Francisco Ruiz Massieu, op. cit., p. 42.

ocasión la Constitución establece el término *"Municipio Libre"*, el cual se encuentra vigente.

Durante el siglo pasado, la configuración del sistema político y la necesidad de modernizar la vida económica y social del país acentuaron el predominio del gobierno federal sobre los otros niveles de gobierno, teniendo como característica dominante la centralización administrativa, política y económica, lo que ha traído por resultado que el gobierno federal se ubicara por encima de la soberanía de los Estados y de la autonomía de los Municipios.

A manera de recapitulación se presenta el siguiente cuadro, que deja de manifiesto los cambios de posturas que nuestro país ha experimentado en los máximos cuerpos normativos que lo han regido, en las que se reflejan las transformaciones político-sociales vividas en nuestro territorio:

Cuadro No. 1.- Transición Constitucional del Federalismo en México

Cuerpo normativo	Año	Tendencia
Constitución de Apatzingan	1814	Preindependiente
Acta Constitutiva de la Federación	1824	Federalista
Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos	1824	Federalista
Leyes Constitucionales	1836	Centralista *
Bases Orgánicas de la República Mexicana	1843	Centralista *
Acta Constitutiva y de Reformas (reinstaura la Constitución de 1824)	1847	Federalista
Bases para la Administración de la República	1853	Centralista (dictadura)
Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana	1856	Revolucionaria (liberal)
Constitución Política de la República Mexicana	1857	Federalista
Estatuto Provisional del Imperio Mexicano	1865	Centralista *
Constitución General de la República	1917	Federalista

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos en el desarrollo de la investigación

a. El porqué de la fragmentación

En conclusión, desde su génesis el Federalismo en nuestro país fue concebido idealmente como la expresión de la voluntad de los mexicanos para alcanzar la unidad nacional, a partir de la diversidad y heterogeneidad regionales, dicha expresión se compiló en nuestro máximo ordenamiento legal, el cual a la fecha pretende reconocer y garantizar jurídicamente la participación de tres niveles de gobierno, Federal, Estatal y Municipal, en el marco de un sistema de relaciones intergubernamentales, buscando distribuir responsabilidades y definir mecanismos de colaboración y coordinación.

El Doctor Emilio O. Rabasa[16] se expresa acertadamente con relación a la accidentada historia del Federalismo en nuestro país, al asemejarlo con una "línea quebrada", no sólo en el aspecto sustantivo, pues aunque la forma de gobierno federal quedó salvaguardada en nuestro máximo cuerpo normativo, lo preceptuado idealmente en la Constitución Política no se identifica con la realidad. La frase mencionada en su discurso: *"... El Federalismo existe en la norma, mas en la práctica prevalece el centralismo ...[17] "*, representa nuestra situación actual.

De lo preceptuado en la obra del Doctor Emilio O. Rabasa, podemos concluir, que el sistema de gobierno mexicano puede asemejarse a dos líneas de cuya intersección se forma una cruz, representando una de ellas de la división de poderes de acuerdo al pensamiento de Montesquieu, y la otra la manifestación del federalismo; esta *"cruz del federalismo"* presenta en la línea horizontal la existencia de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial,[18] y en la vertical, los tres órdenes de gobierno: Federación, Estados y Municipios.[19]

Desafortunadamente en la realidad esta cruz se deforma, pues se rompe el equilibrio constitucional representado por la línea vertical,

---

[16] Discurso pronunciado en el acto de clausura del Primer Encuentro Nacional de Derecho Constitucional Estatal, el 24 de noviembre del 2002 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. "La línea quebrada: el Federalismo en México", en Francisco José de Andrea Sánchez (coord.), *Derecho Constitucional Estatal,* UNAM, México, 2001, p. p. 531-535.

[17] *Op. cit.* p. 534

[18] Tal y como lo contempla actualmente el Artículo 49 Constitucional.

[19] De acuerdo a los Artículo 41, 115 y 116 Constitucionales.

dando lugar a la práctica del centralismo-absolutista ejercitado por el predominio del presidencialismo, ya sea respecto a los restantes poderes federales, como en relación a los Estados y Municipios.

Siguiendo el pensamiento del Doctor Emilio O. Rabasa, podemos manifestar que la manera de mejorar el sistema federal en este país, no se logrará acotando las facultades del representante del Poder Ejecutivo Federal mediante reformas a la Constitución, mismas que traen como consecuencia el incremento de facultades al Poder Legislativo,[20] pues esto solo provoca un subibaja que reduce el ámbito de uno para incrementar el espacio del otro; sino por medio del pluripartidismo, que ya ha comenzado a dar frutos, lo que permite la concurrencia heterogénea de los diversos grupos que conforman nuestro país, pues sólo de esta manera se estaría respetando la voluntad de todos en el verdadero ejercicio de la democracia, sin perder de vista que el pacto federal debe representar el deseo de los Estados de participar del mismo, y no los caprichos de la Federación.

Ahora bien, el esquema federal mexicano continuará fragmentándose en la medida en que la Federación siga legislando sobre los Estados, por medio de reiterados cambios a los Artículos 115 y 116 constitucionales, pues esto solo da como resultado la continua violación del pacto federal, desde el propio pacto, pues son los propios Estados los que deberían hacer uso de su soberanía mediante sus Constituciones, con lo que se reflejaría verídicamente su autodeterminación.

I.De la multiplicidad hacia la unidad, el camino de la coordinación fiscal.

a.El panorama previo al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

Históricamente el país ha aspirado a contar con un verdadero sistema federal, sin embargo se ha venido desarrollando sobre una fuerte centralización de la vida económica, política, social y cultural. Como reflejo de esto, las decisiones y estructuras de la administración pública

[20] Hasta la fecha el Artículo 89 Constitucional ha sufrido 11 reformas, mientras que el Artículo 73 es el que hasta junio de 2005 se ha reformado en más ocasiones, pues hasta el momento han sido 48.

han consolidando rasgos centralistas en sus rutinas y procesos, operando planes y programas y asignando recursos públicos desde la perspectiva de la capital del país, que dejó durante varias décadas espacios reducidos o en ocasiones nulos, para la participación de los Estados y los gobiernos locales, tanto en el diseño de la infraestructura como en la provisión de los servicios públicos.

Esta situación trajo como resultado que a mediados de la década de los años sesenta, comenzaran a discutirse los efectos nocivos de las tendencias centralizadoras dirigidas a los dos niveles inferiores de gobierno, sin embargo, pese a diversas reformas a nuestra Carta Magna, así como a la creación de nuevos ordenamientos jurídicos como la Ley de Coordinación Fiscal, la cual entró en vigor el 1° de enero de 1980, salvo las disposiciones del Capítulo IV (referente a los Organismos en Materia de Coordinación Fiscal), pues estas entraron en vigor desde el 1° de enero de 1979, en la práctica esto sólo trajo por resultado que la administración pública introdujera modificaciones estructurales que pretenden hacer efectiva la participación de los distintos órdenes de gobierno en la promoción del desarrollo, la elaboración de planes y programas y en la ejecución de recursos fiscales del gobierno federal, tratando de contribuir al crecimiento de la descentralización en los rubros de salud, educación, seguridad pública, así como en la supuesta realización de acciones sociales e inversiones que beneficien a los sectores de la población que se encuentren en condiciones de rezago social y pobreza extrema.

Criticar lo acertado de estas decisiones no es tarea fácil, sin embargo pese a los trabajos realizados, el país aún se encuentra muy lejos de un auténtico federalismo, pues éste significa la redistribución de competencias y responsabilidades, el desarrollo y consolidación de capacidades de decisión y diseño de políticas públicas, así como el ejercicio de recursos fiscales entre los niveles de gobierno, como parte del fortalecimiento de los cambios estructurales que se necesitan emprender en diversas áreas, lo que disminuiría los desequilibrios regionales y unificaría a nuestra nación.

Antes de que se dieran los primeros antecedentes del actual Sistema Nacional de Coordinación Fiscal (SNCF), la situación que reinaba en el ámbito fiscal se caracterizaba por la multiplicidad de tributos federales, estatales y municipales que aumentaban la complejidad de un sistema tributario carente de acuerdos entre los gobiernos, sujeto a leyes a menudo contradictorias, basado en cuotas y exacciones desproporcionadas y sustentadas en gravámenes congruentes que ampliaban la carga impositiva para los contribuyentes.

En ese contexto fue necesario implementar un sistema cuyos objetivos fundamentales permitieran dar coherencia a los ordenamientos tributarios de la Federación con los de los Estados, Municipios y el Distrito Federal, establecer la participación correspondiente a sus haciendas públicas en los ingresos federales, distribuir entre ellos dichas participaciones, fijar las reglas de colaboración administrativa entre las diversas autoridades fiscales, unificar la carga impositiva para los contribuyentes y efectuar un reparto entre los gobiernos federal y estatal de los rendimientos de cada fuente de ingresos.

Los objetivos antes señalados, no se definieron de manera rápida, tuvieron que pasar varios años para que la coordinación fiscal se sistematizara de manera integral a partir de un marco legal con alcance en el territorio nacional.

De acuerdo con el investigador Morones Hernández, *"los primeros intentos para lograr la participación de los gobiernos federal y estatales, se presentaron en las Convenciones Nacionales Fiscal de 1925, 1933 y 1947, la Ley del Impuesto Sobre Ingresos Mercantiles (ISIM de 1948), y en Ley de Coordinación Fiscal entre la Federación y los Estados (1953)*[32]*"* , así mismo el referido autor considera que las características de la coordinación fiscal durante el periodo de 1973 a 1979 constituyen no sólo el antecedente más inmediato sino también la base del actual SNCF .

[32] Morones Hernández, Humberto, *El Municipio en el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal,* INDETEC, México, 1995, p. 39.

B.Las Convenciones Nacionales Fiscales, decisiones y efectos.

Dentro de las primeras acciones de coordinación fiscal encaminadas a analizar los problemas que afectaban el sistema tributario mexicano, se encuentran la celebración de tres Convenciones Nacionales Fiscales, cuyo objetivo principal fue evitar la concurrencia impositiva entre Federación y Estados, es decir, la doble tributación.

La Primera Convención Nacional fue celebrada en agosto de 1925, con el objeto de examinar los principales problemas que afectaban al conjunto de disposiciones fiscales Federales, Estatales y Municipales.[33] De acuerdo con la opinión de Morones Hernández, el principal acuerdo que se tomó en esta Convención fue: "...desterrar las prácticas alcabalatorias, mediante una distribución de los impuestos entre la federación, estados y Municipios, a través de reformas constitucionales ....[34]"

Desafortunadamente dicho acuerdo no se llevó a la práctica, pues si bien la Secretaría de Hacienda en 1926, envió al Congreso de la Unión un anteproyecto de reformas constitucionales[35] que contemplaba el reparto de participaciones de los impuestos Federales a los Estados y Municipios, así como la asignación de facultades exclusivas para el establecimiento y percepción de impuestos a la Federación y a los Estados, éste no fue tomando en cuenta, por lo tanto no se modificó el sistema tributario de la Nación.

La Segunda Convención Nacional se celebró en febrero de 1933. Los acuerdos principales que se tomaron en esta Convención, de acuerdo a lo analizado por el previamente citado autor Morones Hernández, fueron: *"... delimitar la jurisdicción fiscal de los tres niveles de gobierno; establecer las bases de los sistemas estatales y municipales de*

---

[33] Se pretendía estudiar la productividad de cada uno de los impuestos creados por cada nivel de gobierno, sin embargo la Convención no contó con bases sólidas para hacerlo, aunque si se crearon comisiones que estudiaron los impuestos agrupándolos de la siguiente forma: Impuestos sobre la Propiedad Territorial, sobre el Comercio y la Industria, Especiales, sobre el Capital, sobre Operaciones Jurídicas y Adquisiciones Profesionales.

[34] Morones Hernández, Humberto, *op. cit.*, p. 40.

[35] De acuerdo con el investigador Martínez Almazán, las reformas se proponían con relación a los artículos 181, 131 y 74 Constitucionales. Martínez Almazán, Raúl, *Las Finanzas del Sistema Federal Mexicano*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000, p. 264.

tributación; constituir la Comisión Permanente de la 2° Convención Nacional Fiscal; reglamentar el sistema de participaciones ...".[36] De los acuerdos anteriores sólo se materializó el último de ellos, pues se consideró necesaria reglamentar la forma de distribuir entre la Federación, Estados y Municipios los rendimientos de algunos impuestos federales y estatales, por lo que siguiendo el trabajo de investigación de nuestro autor citado,[37] las consecuencias fueron que a las entidades federativas se les otorgaran participaciones del rendimiento de las siguientes contribuciones:

·Impuesto Sobre Energía Eléctrica. Artículo 73 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el texto vigente entre 1934-1942.

·Producción y consumo de tabacos labrados, gasolina y otros derivados del petróleo, cerillos y fósforos, agua-miel y productos de su fermentación y explotación forestal. Artículo 73 fracción XXIX inciso 5, subincisos A) al F) de la Constitución, vigente a partir de 1942.

·Producción y consumo de cerveza artículo 73 fracción XXIX inciso 5, subinciso G) de la Constitución, vigente a partir de 1942.

·Impuesto Federal Sobre Ingresos Mercantiles con tasa Federal uniforme del 1.8% y una tasa máxima para los Estados que aceptaran coordinarse de 1.2%, vigente a partir de 1949.[38]

Por otra parte, coincidimos con el investigador Ortiz Ruíz, respecto del objetivo de la Tercera Convención Nacional Fiscal celebrada en 1947, ya que éste fue diferente al de las dos Convenciones anteriores, pues mientras que en ésas se buscaba la distribución de fuentes de ingresos para que correspondieran en forma exclusiva a la Federación o a los Estados, en esta Convención les interesaba establecer un sistema coordinado entre ambos, que garantizara la uniformidad y coherencia de los sistemas impositivos de éstos niveles de gobierno, distribuyéndose los rendimientos de los impuestos.

---

36 *Idem*.

37 Morones Hernández, Humberto, *op. cit*., p. p. 42-44

38 Ortiz Ruíz, Miguel, *Evolución del Sistema de Participaciones* 1980-1997, INDETEC, México, 1998, p. p. 27-28.

Independientemente de lo anterior, de acuerdo con lo recopilado por el autor Morones Hernández, en esta Convención se recomendó: *"... estudiar e implementar el Plan Nacional de Arbitrios, crear la Comisión Ejecutiva del Plan Nacional de Arbitrios ...[39]"*. Ahora bien, la importancia de este Plan radicaba en tomar en cuenta no sólo las necesidades de la Federación y Estados, sino también las de los Municipios, con la finalidad de reafirmar las bases de su autonomía. Por otra parte, la Comisión Ejecutiva sería el organismo encargado de vigilar que se cumplieran los acuerdos y recomendaciones de las conclusiones a que se llegó en esta Tercera Convención, integrándose por tres representantes federales, cinco de las entidades federativas, dos de los Municipios y dos de los causantes, quienes sólo tendrían voz informativa.

Por su parte, para Ortiz Ruíz[40] el resultado de esta Convención, fue que en 1947 se expidió la Ley Federal de Impuesto Sobre Ingresos Mercantiles, en 1948 la Ley que Regula el Pago de Participaciones en Ingresos Federales a las Entidades Federativas, en 1953 la Ley de Coordinación Fiscal entre la Federación y los Estados, y la Ley que Otorga Compensaciones Adicionales a los Estados que Celebren Convenio de Coordinación en Materia del Impuesto Federal sobre Ingresos Mercantiles, que entró en vigor en 1954.

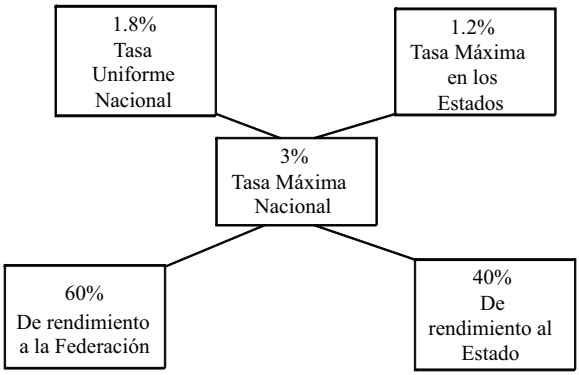
a.La legislación tributaria coordinada.

Como podemos observar, a partir de los años 40's se localizan las fuentes jurídicas próximas a nuestro actual SNCF, situación por la cual a continuación profundizaremos en el análisis de la Ley Federal de de Impuesto Sobre Ingresos Mercantiles y de la Ley Federal de Impuesto Sobre Ingresos Mercantiles (ISIM)

[39] *Idem.*
[40] Ortiz Ruíz, Miguel, *op. cit.*, p. 32

La Ley del ISIM, vigente a partir de 1948,[41] operaba de la siguiente forma:

Figura No. Impuesto Sobre Ingresos Mercantiles



Fuente: elaboración propia con datos obtenidos en el desarrollo de la investigación

A su vez, este Impuesto gravó los ingresos brutos obtenidos por: I.- Enajenación de bienes; II.- Arrendamiento de bienes; III.- Prestaciones de servicios; IV.- Comisiones y Mediaciones mercantiles, y V.- Venta con reserva de dominio.[42]

Con esta Ley nace propiamente el concepto de coordinación entre la Federación y los Estados, mediante la celebración de un convenio en el cual los Estados que lo suscribieran, derogaban o suspendían sus impuestos locales al comercio y a la industria. La administración del Impuesto corría por cuenta de los Estados, los que recibían el 4% sobre la recaudación del impuesto por gastos de administración, así como el 40%

[41] Publicada en el DOF el 13 de diciembre de 1947.

[42] Las fracciones I, II, III y IV aparecen en la Ley de ISIM, publicada en el DOF del 31 de diciembre de 1951, con vigencia a partir del 1° de enero de 1952; la fracción V, se adicionó en Ley publicada en el DOF del 30 de diciembre de 1970, en vigor a partir del 1° de enero de 1971.

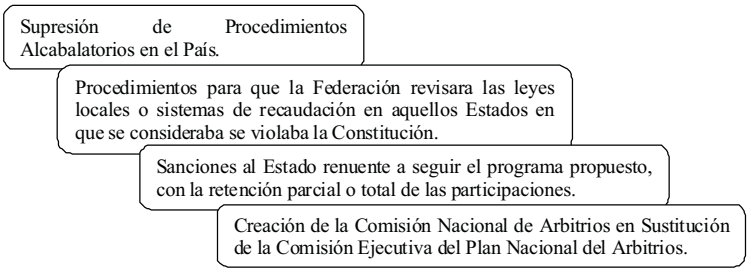
de los recargos y multas aplicadas en el procedimiento administrativo de ejecución.

La mitad de los Estados se coordinaron casi inmediatamente mediante la firma del convenio relativo a este impuesto, ya que la recaudación que obtenían por sus propios impuestos al comercio y a la industria era inferior a la que obtendrían con la tasa que establecía, es decir, les representaba una ventaja económica; sin embargo, el resto de lo Estados, cuya economía era más fuerte, no les resultaba conveniente coordinarse en este impuesto, pues administrativamente les imponía mayores obligaciones.[43]

Derivado de lo anterior, la Federación adoptó algunas medidas para acelerar el proceso de coordinación, entre las que destacan el aumento en 10% de las participaciones que recibían los Estados coordinados en el rendimiento de otros impuestos federales, y la implantación en 1970 de la tasa especial del 10% sobre artículos de lujo contemplada en esta ley, tasa uniforme en todo el país independientemente de que se hubiese o no coordinado el estado, lo que trajo como consecuencia que se reanudara la celebración de los convenios de coordinación.

El 28 de diciembre de 1953, se promulga la Ley de Coordinación Fiscal entre la Federación y los Estado, que contiene entre otros, los siguientes aspectos:

Figura No. 2
Ley de Coordinación Fiscal de 1953



Fuente: elaboración propia con datos obtenidos en el desarrollo de la investigación.

[43] En 1957 existían coordinados 15 Estados de la República, cifra que prevaleció hasta 1970.

La Comisión Nacional de Arbitrios estaba integrada por un representante de las siguientes Secretarías: Hacienda, Gobernación y Economía, por cinco representantes de las entidades federativas, y por tres representantes de los causantes, sólo con voz informativa, pero sin ningún representante municipal.

Es de suma importancia la revisión al periodo de 1973 a 1979, denominado como "la coordinación general", debido a que en dicho lapso se inició, por un lado, la uniformidad en la aplicación de contribuciones a las principales actividades, derivado de los acuerdos a que se llegaron entre las entidades federativas y el gobierno federal, con el otorgamiento de participaciones como contrapartida a la suspensión o no gravación de materias que se contrapusieran a las leyes federales; y por otro lado, la coordinación de todos los Estado en materia del ISIM.

En 1973 entra en vigor una reforma a la Ley Federal del ISIM, misma que se analiza con base en los elementos aportados por Morones Hernández[44], quien señala que se estableció una Tasa Uniforme Nacional del 4%, de la cual por concepto de participaciones, se otorgaba el 45% del total recaudado al Estado coordinado; además, se les agregaba el 4% de la percepción neta federal del impuesto por concepto de gastos de administración. La Tasa Uniforme del 4% era la misma para toda la República, independientemente de si los estados se coordinaban o no. Si el Estado se coordinaba le correspondía un 45% de la tasa federal del 4% más gastos de administración; si no lo hacía, ese 4% sería de la Federación y el Estado podría establecer sus impuestos como lo estimara conveniente.

Además, la SHCP amplió el conjunto de facultades que en materia administrativa delegaba a los Estados, dándoles a partir de 1973 el ejercicio de las facultades de fiscalización, práctica de auditorias, formulación de liquidaciones y la determinación de sanciones, en su caso, en lo referente al ISIM.

En virtud de estas ventajas económicas y nuevas facultades administrativas que la ley otorgaba a los Estados que se coordinaran, en

[44] Morones Hernández, Humberto, *El Municipio en el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal*, INDETEC, México, 1995, p. 47.

febrero de 1973 se coordinó el último Estado (Estado de México) en materia del ISIM.

En 1974 se continúa con el proceso de coordinación, tanto en otros gravámenes, como en otras funciones de administración tributaria, de la siguiente manera:

Cuadro No. 2 Proceso de coordinación en 1974

Participaciones en el Impuesto sobre Envasamiento de Bebidas Alcohólicas, Marbete único			
	Participación en el Impuesto Global a las Empresas causantes menores y su administración		
		Delegación del cobro del Impuesto sobre Productos del Trabajo bajo relación de Dependencia y aportación para la Educación del 1% sobre nómina	
Administración de contribuyentes del Impuesto Global de las Empresas y de las Personas Físicas sujetas a bases especiales de tributación			
	Administración del Impuesto Sobre Tenencia o Uso de Automóviles y Camiones		
		Convenios de Fiscalización	

Fuente: Morones Hernández, Humberto, El Municipio en el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, INDETEC, México, 1995. p. 49

Así pues, para 1979 el panorama de las participaciones en impuestos federales era el siguiente:

Impuestos Federales no participables a las entidades federativas: sobre Tarifas Generales a la Importación y Exportación, Impuesto Sobre la Renta (ISR) de empresas causantes mayores, ISR de personas físicas, Impuesto establecidos en la Ley General del Timbre.

Impuestos Federales en los que sin mandato de la CPEUM, la Federación invitaba a los Estados a no establecer o suspender sus propios impuestos que grabaran esas fuentes, a cambio de lo cual recibirían una participación, previa declaratoria federal de que el Estado no existían en vigor gravámenes sobre la misma materia, por ejemplo los impuestos federales sobre: llantas y cámaras de hule, cemento, artículos electrónicos, alfombras y tapetes, vidrio y cristal.

Impuestos Federales en los que el Estado recibía participaciones, como resultado de la celebración de convenios donde aceptaban restricciones a sus facultades impositivas (los señalados en cuadro No. 3)

Impuestos Federales Especiales en los que se otorgaba participación a las entidades federativas, en cumplimiento a lo dispuesto en la fracción XXIX del artículo 73 Constitucional, como en el caso de energía eléctrica, producción y consumo de tabacos labrados, gasolina y derivados del petróleo, etc.

El Sistema de Participaciones Federales vigente en este periodo, presentó las siguientes desventajas:

·Las tasas de aplicación a cada impuesto, así como las de participación a Estados y Municipios variaban en relación a cada gravamen y época, lo que dificultaba su cálculo, liquidación y pago.

·La Federación participaba y pagaba directamente a los Municipios, bajo criterios dictados por las legislaturas locales de cada entidad, mismos que eran diferentes para cada impuesto.

·Los ingresos de las entidades federativas y Municipios empezaron a depender de las participaciones federales.

Ahora bien, el instrumento que da las bases para el sistema de coordinación actual, de acuerdo con la hipótesis de la investigadora Chapoy Bonifaz, es la Ley de Coordinación Fiscal (LCF), que dentro de un sistema jurídico administrativo, a través de convenios y acuerdos, *"da las pautas para que se establezcan en forma expresa las relaciones fiscales entre Federación, Estados y Municipios*[45]*"* . Su objetivo prioritario es salvaguardar e incrementar el ingreso compartido con los Estados y Municipios, cuyo desarrollo y fortalecimiento robustece a la Federación, de la que son partes integrantes. De no existir dicha coordinación en los sistemas fiscales de los tres niveles de gobierno, se correría el peligro social y económico, de no alcanzar el desarrollo deseado.

La investigadora previamente citada ha tratado de justificar la necesidad de la coordinación,[46] desde el punto de vista de que todos los estados deben prestar determinados servicios y han de financiarse con las contribuciones que recauden en sus territorios, sin embargo, dada la diferencia de capacidad impositiva que existe entre ellos, el resultado sería que con un mismo nivel de carga fiscal, sólo los residentes de algunos estados podrían disfrutar un mayor nivel de servicios, o bien si se tratara de mantener uniforme el nivel de servicios, los contribuyentes soportarían cargas fiscales diferentes. Por lo tanto se puede concluir que, siguiendo sus conjeturas la creación de un sistema de coordinación fiscal integral, obedece a una supuesta política de desarrollo regional a través de la distribución equitativa del ingreso federal. Esto ha distado mucho de la realidad, pues aún en la actualidad la mayoría de los Estados (y qué decir de los Municipios), dudan que el ingreso nacional de los impuestos federalizados sea distribuido con justicia social.

a.El actual sistema de coordinación fiscal.

Con la entrada en vigor de la Ley de Coordinación Fiscal en 1980, se eliminaron el ISIM y otros impuestos indirectos estatales y

[45] Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz y otros, *Derecho Fiscal,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1991, p. 121.

[46] Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz y otros, *op. cit.*, p. 122.

municipales a la vez que se creo el Impuesto al Valor Agregado (IVA). También surgieron nuevos convenios y se renovó el sistema de participaciones a los Estados. En 1982, se decretó la Ley Federal de Derechos con el fin de homologar el cobro de estos ingresos en los tres niveles de gobierno. Estos cambios, tal y como lo expresa Arellano Cadena[47], modificaron notoriamente el sistema de reparto de los ingresos entre los tres niveles de gobierno.

El novel mecanismo de distribución debía asegurar un mínimo de recursos que fuera aceptable por los Estados y Municipios. De acuerdo con Aguilar Villanueva, *"la Federación se comprometió a resarcir al estado que al coordinarse en el marco de la nueva ley recibiera una participación menor que los ingresos que hubiera percibido con el esquema previo[48]"*. Además, el fondo a repartir entre estados sería un porcentaje del total de los ingresos federales, en lugar de aquél que asignaba cuotas distintas para cada impuesto.

Para evaluar el impacto que las leyes de coordinación fiscal han tenido sobre la distribución de los ingresos entre los tres niveles de gobierno, en el cuadro No. 4 se muestra su participación porcentual en los ingresos netos de transferencias intergubernamentales, desde la creación del sistema de participaciones en 1942 hasta 2001. En adición, el cuadro presenta la evolución cronológica de los diferentes sistemas de coordinación fiscal.

Cuadro No. 3 Distribución porcentual del ingreso[1] por nivel de gobierno.

AÑO	FEDERAL	ESTATAL	MUNICIPAL	COORDINACIÓN FISCAL
1940	71.4	23.3	5.3	1942 : 1er sistema de participaciones.
1945	76.2	19.5	4.0	1948 : Creación del ISIM.
1950	78.3	18.4	3.3	1953:1ª Ley de Coordinación Fiscal.
1955	80.8	16.2	2.9	Creación de convenios y del ISR.
1960	78.6	18.6	2.8	1954-1957: Incorporación al sistema de la
1965	88.0	10.5	1.5	mayoría de los estados.
1970	86.4	12.0	1.6	1972: Aumento del ISIM al 4%.

[47] Arellano Cadena, Rogelio, *Federalismo Fiscal. Retos y Propuestas,* Fundación Mexicana Cambio XXI Luis Donaldo Colosio, México, 1994. p. 126.

[48] Aguilar Villanueva, Luis F., "El Federalismo Mexicano: Funcionamiento y Tareas Pendientes", en Hernández Chávez, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo*?, Fondo de Cultura Económica/Fideicomiso Historia de las Américas/El Colegio de México, México, 1996, p. 119.

1975	90.1	8,6	1.3	
1980	95,5	3.5	0.9	1980: 2ª Ley de Coordinación Fiscal. Creación del IVA, derogación del ISIM y reforma del sistema de participaciones. 1982:Ley Federal de Derechos.
1981	95.8	3.2	0.9	
1982	96.4	2.7	0.8	
1983	97.1	2,3	0.6	
1984	96.8	2,4	0.8	
1985	96.7	2.5	0.8	
1986	96.0	3.2	0.8	
1987	96.2	3.0	0.8	
1988	96.7	2.4	0.8	
1989	96.1	2.7	1.1	
1990	95.3	33	1.3	
1991	94.9	3.5	1.6	
1992	94.1	4.3	1.6	1987: Se asigna territorialmente el 30% del IVA.
1993	93.9	4.2	1.9	
1994	93.9	4.3	1.8	
1995	94.5	3.9	1.5	
1996	95.2	3.5	1.3	
1997	95.3	3.4	1.3	
1998	94.7	3.1	2.2	1990: Se suspende la asignación territorial del IVA.
1999	94.7	3.1	2.2	
2000	95.4	2.7	1.9	
2001	94.9	2.9	2.2	

1992-1993: Inicio de las transferencias

Notas: (1) Impuestos, derechos, productos y aprovechamientos.
Fuente: 1940-1975: Alberto Díaz Cayeros, Desarrollo económico e inequidad regional: Hacia un nuevo pacto federal en México, Fundación Friedrich Naumann, Centro de Investigación para el Desarrollo, A. C. y Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1995, p. 120.
1978-2001: Elaboración propia con base en cifras publicadas por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Estadísticas Económicas. Finanzas Públicas. http://www.inegi.gob.mx/est/default.asp?c=5027

Al analizar la evolución de la participación federal en los ingresos netos de transferencias y su relación con los diferentes esquemas de coordinación fiscal, se concluye que la sustitución de la concurrencia impositiva por los sistemas de coordinación han significado la pérdida del poder tributario de los Estados, con la consecuente dependencia financiera y la disminución de peso relativo en la tributación nacional. Para sustentar nuestro punto de vista, nos referimos a las conclusiones del investigador Aguilar Villanueva, quien manifiesta que *"desde que se creó el primer sistema de participaciones en 1942, hasta que todos*

los Estados se incorporaron a éste en 1973, el peso de la Federación pasó de 71.4% al 90.1%; mientras que el de los estados se redujo del 23.3% hasta el 8.6% y el de los Municipios de 5.3% a 1.3%.[49]*"*

La capacidad fiscal de la Federación continuó fortaleciéndose con la creación del moderno SNCF en 1980. Los estados limitaron aún más su capacidad recaudadora a cambio de recibir mayores participaciones federales. Por un lado, de 1979 a 1980 las participaciones crecieron 100% en términos reales. Por el otro, en el mismo periodo sus ingresos propios decrecieron 19.2% en términos reales, mientras que los de la Federación aumentaron 31%.

La dependencia financiera de los Estados se agudizó a partir de la entrada en vigor del SNCF de 1980. Entre 1978 y 1980 el citado indicador pasó de significar menos de la mitad a casi tres cuartas partes de los ingresos de los estados. Entre 1980 y 2001 la tendencia, a pesar de los altibajos, ha sido la creciente importancia de las transferencias federales en la hacienda de los Estados. Se debe remarcar que a partir de 1992 la tendencia ha sido el incremento sostenido de la dependencia financiera, lo cual se debe a la entrada en vigor de las transferencias condicionadas para educación básica.

El gran peso de la Federación en los ingresos y la creciente dependencia financiera indican un importante desequilibrio vertical; es decir, un desajuste entre las necesidades de gasto de los gobiernos de los estados y la distribución de ingresos fiscales potenciales entre niveles de gobierno. A continuación se analiza a detalle la evolución del sistema de las participaciones federales y de las transferencias condicionadas. Se pretende corroborar si existe algún criterio de nivelación horizontal en las participaciones federales.

En el SNCF de 1980 los Estados se comprometieron a limitar su poder tributario y la Federación a fortalecer en términos económicos el sistema de participaciones bajo el "principio de resarcimiento", el cual de acuerdo al investigador Arellano Cadena, consiste en "la compensación estado que recibiera una participación menor que los

[49] Aguilar Villanueva, Luis F. , *op. cit.*, p. 121.

ingresos que hubiera obtenido bajo el régimen previo de participaciones"[50]. Desde entonces, el sistema de participaciones ha experimentado importantes modificaciones, tanto el monto que se participa como en el mecanismo de distribución. De acuerdo con estas modificaciones se puede dividir la evolución del sistema en los siguientes periodos: de 1980 a 1987, de 1988 a 1990, de 1991 a 1994 y de 1995 a la fecha.

En el periodo de 1980 a 1987 se definió la Recaudación Federal Participable (RFP) como todos los impuestos federales más los derechos de extracción de petróleo y minería. La cuantía a participar siempre se expresa como una fracción de la RFP y se dividió en tres fondos: el Fondo General de Participaciones (FGP), el Fondo Financiero Complementario (FFC) y el Fondo de Fomento Municipal (FFM). Además, existieron compensaciones transitorias relacionadas con las reformas tributarias o con los gastos administrativos.

Cuadro No. 4. Evolución del Sistema de participaciones federales a los estados, 1980-1987

Año	Monto participable (como porcentaje de la RFP)	
	Porcentaje	Elementos
1980	1.58	Compensación por los impuestos derogados por la entrada en vigor del IVA.
	0.69	Compensación por gastos de administración de impuestos federales.
	1.27	Compensación por pérdidas ocasionadas por el apoyo al Sistema Alimentario Mexicano.
	0.69	Para calcular las participaciones de los estados petroleros.
	13.00	Porcentaje para asegurar la misma recaudación de 1979, correspondiente al FGP.
	16.89	**Total**
1981	16.89	Porcentaje fijo, igual que en 1980, correspondiente al FGP.
	0.03	Compensación por los impuestos derogados debido ampliación de la base del IVA.
	0.02	Compensación por pérdidas por la suspensión de la facultad de expedir pasaportes.
	16.94	**Total**
1982	16.94	Porcentaje fijo, igual que en 1981, correspondiente al FGP.
	0.50	Adicional para los estados coordinados en materia de derechos
	17.44	**Total**

[50] Arellano Cadena, Rogelio, "Necesidades de cambio en las relaciones hacendarias intergubernamentales en México", en Arellano Cadena, Rogelio, *México Hacia un nuevo federalismo fiscal,* Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 123

16.94	Porcentaje fijo, igual que en 1981 Correspondiente al FGP.
0.02	Compensación por los impuestos derogados debido ampliación de la base del IVA.
0.50	Adicional para los estados coordinados en materia de derechos.
17.46	**Total**
16.96	Porcentaje fijo, igual que en 1981 más la compensación por IVA de 1983. FGP
0.02	Compensación al D.F. por la derogación del impuesto sobre pozos artesianos.
0.50	Adicional para los estados coordinados en materia de derechos.
17.48	**Total**

Fuente: Elaborado con base en Luis F. Aguilar Villanueva, "El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes", en Alicia Hernández Chávez, ¿Hacia un nuevo federalismo?, El Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p.124

Es notorio el constante incremento de la cuantía a participar, ya que en 1979 ascendía tan sólo al 13% de la RFP y para 1987 representaba 17.48%. Los recursos que recibían los estados no sólo crecieron debido al incremento en el porcentaje de participación, sino también por los efectos que tuvo sobre las finanzas públicas la creación del IVA y la coordinación fiscal.

A continuación se describe como se distribuyeron entre los estados los tres fondos principales que integraron las participaciones federales. El FGP era el más importante del sistema por su peso; y su

distribución entre los diferentes estados se calculó en 1980 mediante la siguiente fórmula[51]:

$$P_{i,\,1980} = \frac{A_i}{\sum_{i=1}^{32} A_i} \qquad (1)$$

El autor Arellano Cadena expone la fórmula de la siguiente manera: *"Pi es la transferencia que recibió el estado i, y Ai es el total de recursos obtenidos por el estado i en 1978. Por lo tanto, el monto asignado al estado i por participaciones federales fue Pi * FGP."* Como se muestra, el principio de distribución de participaciones fue solamente resarcitorio, pues mantuvo las ponderaciones vigentes en el sistema anterior, lo que trajo como consecuencia las siguientes fallas:

·En 1978 el precio del petróleo fue muy elevado, lo que ocasionó ingresos fiscales extraordinarios en los estados mexicanos en donde se extraía el hidrocarburo. La utilización de 1978 como año base para distribuir el FGP implicó una participación elevada a los estados petroleros en detrimento de los demás. El sesgo de asignación a los extractores de petróleo no se corrigió en años posteriores cuando el precio del petróleo disminuyó.

·La estrecha vinculación de la distribución del FGP con la recaudación previa a la reforma, implicó que los estados de menor desarrollo económico percibieran pequeñas participaciones, rezagándose debido a la dinámica de la fórmula.

Durante los años siguientes (1981-1987) las reformas a la fórmula de participaciones pretendieron fomentar el esfuerzo recaudatorio de los gobiernos estatales. A los estados se les asignaba como mínimo lo que habían recibido el año anterior y el incremento del FGP se distribuía asignando un mayor porcentaje de participación a los estados que habían incrementado su recaudación por encima de la recaudación media del total de los estados.

[50] Arellano Cadena, Rogelio, *op. cit.*, p. 125.

El mecanismo creado para incentivar la recaudación estatal implicó también un beneficio a favor de los estados con gran capacidad tributaria; es decir, los que contaban con mercados internos más desarrollados y con mayor capacidad administrativa. Es más, el autor Arellano Cadena considera que *"al relacionar el incremento en participaciones de cada estado según su posición respecto a la media de la recaudación del total de los estados, algunas entidades -aún realizando un importante esfuerzo recaudatorio- disminuyeron su coeficiente de participaciones*[53]*"*.

En 1981 se crea el Fondo Financiero Complementario, que tenía un afán nivelador. Este fondo se conformó inicialmente por el 3.5% del FGP y por un monto aportado por la Federación equivalente al 3% del FGP. Se distribuía entre los estados en proporción inversa a la participación asignada en el FGP. Cabe destacar que tal y como lo deja de manifiesto el autor previamente citado en su libro *Federalismo Fiscal. Retos y Propuestas, "el efecto redistributivo era pequeño*[54]*"* , porque el fondo sólo representaba el 6.5% del FGP; esto es, 0.845% de la recaudación federal participable.

Por último, el Fondo de Fomento Municipal se constituyó por 96.7% de la recaudación correspondiente al 95% del derecho adicional sobre hidrocarburos (el 3.3% restante se entregaba directamente a los Municipios en donde se localizaban las aduanas fronterizas y marítimas por donde se realizaba el comercio) y por el impuesto adicional de 3% sobre el impuesto general de las exportaciones de petróleo crudo y gas natural.

De este fondo, el 67% se destinaba exclusivamente a los Municipios coordinados con la Federación en materia de derechos, el restante 33% se repartía entre todos los Municipios en proporción directa a la población del estado al que pertenecían. Compartimos el Compartimos el pensamiento del investigador Colmenares Páramo[55]

---

[53] Arellano Cadena, Rogelio, op. cit., p. 127.

[54] Arellano Cadena, Rogelio, *Federalismo Fiscal. Retos y Propuestas,* Fundación Mexicana Cambio XXI Luis Donaldo Colosio, México, 1994, p. 130.

[55] Colmenares Páramo, David, "El Federalismo fiscal y las transferencias condicionadas (Ramo 33)", en David Colmenares Páramo y Moisés Villarruel Mata (coords.), *Federalismo fiscal desde Estados y municipios*, El Economista Mexicano/Colegio Nacional de Economistas, México, 1999, p. 191.

quien considera que "los efectos de este fondo son insignificantes", pues su cuantía ha ido aumentando hasta alcanzar en la actualidad tal sólo el 1% de la recaudación federal participable.

Por lo tanto, las participaciones federales a los estados en este periodo se distribuyeron siguiendo la combinación de un criterio inicial resarcitorio, que estaba sesgado a favor de los estados con más recursos naturales, considerando como tales al petróleo, y con mayores bases fiscales, corregido por un incremento ligado al desempeño recaudatorio de cada estado. La parte niveladora del sistema de participaciones, representada por el FFC, era muy pequeña como para poder revertir los efectos del FGP.

En conclusión, las participaciones federales distribuidas con el SNCF de 1980 no corrigieron en absoluto el desequilibrio horizontal de las haciendas de los estados que prevalecía antes de su entrada en vigor. En adición, la inequidad en los ingresos propios de los estados, entendiendo como tales los impuestos, derechos, productos y aprovechamientos, se disparó con la creación del nuevo sistema de financiamiento federal, particularmente a partir de 1985 pues, se descubrieron yacimientos petroleros en las costas de Campeche, lo que implicó una recaudación extraordinaria.

En el periodo de 1988 a 1990 acontecieron cambios importantes en la determinación del monto participable y de la fórmula de distribución. Para incentivar la recaudación estatal del IVA se reformó la Ley de Coordinación Fiscal en 1988. Se asignó directamente el 30% de la recaudación de IVA al Estado donde se efectuaba la recaudación, más una participación adicional similar a la del año anterior, calculada sobre un fondo ajustado, que no contenía ningún criterio nivelador.

Si bien la reforma proporcionó liquidez inmediata a los gobiernos estatales y potenció los ingresos públicos de los estados con un mercado interno más desarrollado, también trajo consigo una serie de complicaciones administrativas y políticas que ocasionaron que a fines de 1989 se decidiera no sólo dar marcha atrás a la administración estatal

del IVA, sino que se replanteara todo el sistema de participaciones, en especial que en los mecanismos de distribución se incluyera algún criterio de nivelación. El siguiente cuadro muestra la evolución de la cuantía a participar.

Cuadro No. 5. Evolución del Sistema de participaciones federales a los estados , 1988-1990.

Año	Monto participable (como porcentaje de la RFP)	
	Porcentaje	**Elementos**
1988	4.29	Devoluciones sobre impuestos en la RFP bruta.
	0.50	Adicional para los estados coordinados en materia de derechos.
	13.09	Porcentaje correspondiente al fondo ajustado, que se calculó aplicando el mismo factor de distribución del año anterior a al RFP bruta menos el 30% del IVA que se asignó a los estados.
	17.88	**Total**
1989	4.41	Incrementos en las devoluciones sobre impuestos definidas en 1988.
	0.50	Adicional para los estados coordinados en materia de derechos.
	13.09	Igual que en le año anterior.
	18.00	**Total**
1990	0.50	Adicional paralos estados coordinados en materia de derechos.
	18.26	Porcentaje de la RFP neta del Fondo General de Participaciones y del Fondo Financiero Complementario en 1989.
	18.76	**Total**

Fuente: Elaborado con base en Luis F. Aguilar Villanueva, "El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes", en Alicia Hernández Chávez, ¿Hacia un nuevo federalismo?, El Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. p. 126

Al igual que en el periodo anterior, la tendencia fue el aumento del porcentaje de participación de los estados en los ingresos federales. A pesar del aumento en las participaciones y de la mayor liquidez en los estados, la descentralización del IVA implicó serios problemas administrativos. Las principales complicaciones, de acuerdo con el autor Colmenares Páramo fueron las siguientes:

El sistema de administración del IVA compartido entre los estados y la Federación generó problemas para ubicar el lugar de venta, pues se podía manipular el lugar de acreditamiento, lo que a su vez provocaba problemas en las solicitudes de devolución.

El sistema desincentivó el esfuerzo recaudatorio de los estados, porque una gran proporción de lo que recaudaban se convertía en participaciones que beneficiaban a otros.
Al estar concentrada la recaudación en pocos estados, principalmente en la capital, bastaba que éstos no se esforzaran administrativamente para que el conjunto de estados y la Federación misma se vieran perjudicados en sus ingresos.
Para los contribuyentes el sistema era complejo pues eran 32 autoridades a las que acudían en materia de consulta, interpretación y aplicación de la ley.[56]

Al examinar este texto se observa que, el sistema desalentó a las entidades que habían realizado un esfuerzo administrativo importante y generó graves distorsiones en términos de equidad. El FFM también sufrió cambios. El monto a repartir por medio de este fondo ascendió al 0.56% de la RFP, y se decidió que se distribuyera entre los estados de acuerdo con la recaudación del Impuesto Predial y de los derechos de agua que recauden sus Municipios respecto del promedio nacional.

Debe señalarse que, dentro del marco del SNCF, existen dos casos en los que la Federación otorga recursos a los Municipios, a través de los gobiernos de los estados. En primer lugar, se transfiere el 3.17% del derecho adicional sobre la extracción de petróleo a los Municipios por donde se realice la exportación de este producto, y en segundo, se otorga el 0.136% de la recaudación federal participable a los Municipios fronterizos o con litorales por donde se realice el comercio exterior.

Debido a los problemas administrativos de la reforma, en diciembre de 1989 se aprueba desvincular las participaciones de la recaudación del IVA y se decide que en 1990 se distribuyan a los estados las mismas participaciones que en 1989, excepto las correspondientes al FFM, y sólo el crecimiento del FGP se distribuiría en función del crecimiento relativo de algunos impuestos asignables, sin incluir el IVA.

En el periodo de 1991 a 1995 se modifica el sistema de participaciones, presentando como principales cambios el aumento en la

[56] Colmenares Páramo, David, *op. cit.*, p. 192.

cuantía a participar, la fusión del FGP y el FFC y la profunda reforma de la fórmula de distribución, la cual introdujo criterios de nivelación, no de los ingresos *per cápita* totales de los estados, sino de las participaciones *per cápita*. A continuación se muestra, en el próximo cuadro, la evolución de la cuantía a participar y sus componentes.

Cuadro No. 6. Evolución del Sistema de participaciones federales a los estados, 1991-1995.

Año	**Monto participable (como porcentaje de la Recaudación Federal Participable)**	
	Porcentaje	**Elementos**
1991 y 1992	0.25	Porcentaje que equivale a la integración del 50% de la reserva de contingencia.
	0.50	Adicional para lasentidades coordinadas en materia de derechos.
	18.26	Porcentaje correspondiente al FGP de 1989.
	19.01	**Total**
1993	0.11	80% de lo recaudado en 1989 por ISR en los estados.
	0.50	Adicional para las entidades coordinadas en materia de derechos.
	18.51	Igual que en 1991 y 1992 (18,26 + 0,25).
	19.12	**Total**
1994 y 1995	1.00	Adicional para los estados coordinadas en materia de derechos.
	18.62	Igual que en 1993 (18,51 + 0,11).
	19.62	**Total**

Fuente: Elaborado con base en Luis F. Aguilar Villanueva, "El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes", en Alicia Hernández Chávez, ¿Hacia un nuevo federalismo?, El Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. p. 127

La tendencia al aumento de la cuantía a participar se mantuvo. Se debe destacar que los recursos adicionales para los estados coordinados en derechos aumentaron a un punto porcentual de la RFP.

En cuanto a la distribución de las participaciones, la integración del FFC en el FGP podía ocasionar serios problemas financieros a los estados con menores participaciones per cápita, pues éstos eran los principales beneficiarios del FFC, por lo que era necesario corregir el posible impacto negativo de la reforma.

En lo referente al FFM, se decidió que se distribuyera de acuerdo con un criterio que fomentara la recaudación en los Municipios. Por lo que se distribuiría en proporción directa a la recaudación del Predial y de los derechos de agua con respecto a los niveles medios del total de los estados. Esta reforma obviamente beneficiaría a los estados con mayor población urbana y con grandes ciudades.

Finalmente la distribución del nuevo fondo integrado (FGP + FFC) se determino de acuerdo a los siguientes criterios:

·Para corregir el creciente fortalecimiento de las haciendas de los estados con más participaciones per cápita –criterio de nivelación- se distribuyó un 45.17% del nuevo fondo en proporción directa al número de habitantes del estado respectivo.

·Para promover la recaudación estatal de impuestos federales se asignó un 45.17% del fondo en proporción directa a la recaudación de impuestos "asignables" respecto a la recaudación media de todas las entidades.

·El remanente del fondo (9.66%) se distribuiría en proporción inversa a las participaciones per cápita que recibiera cada estado por los criterios 1 y 2.

Tanto la fusión del FFC al FGP, como el cambio en los criterios de distribución del FFM impactaban negativamente en la financiación de los estados con menores bases fiscales, por lo que la creación del tercer criterio de distribución del nuevo FGP, en palabras del investigador Colmenares Páramo, respondió a que *"no era suficiente la nivelación mediante el primer criterio para subsanar las pérdidas de los estados pobres*[57]*"*.

Dado que la inmediata aplicación de los nuevos criterios de distribución del FGP hubiera impactado negativamente en las haciendas de varios estados, se propuso una adaptación gradual del sistema de

[57] Colmenares Páramo, David, *op. cit*., p. 195.

distribución a los cambios, de tal manera que entre los años 1991 y 1993 el FGP se distribuyó de acuerdo con las siguientes ponderaciones:

Cuadro No. 7. Composición Porcentual del Fondo General de Participaciones

Año	Criterio 1	Criterio 2	Criterio
1991	18.05	72.29	9.66
1992	27.10	63.24	9.66
1993	36.15	54.19	9.66

Fuente: Elaborado con base en Luis F. Aguilar Villanueva, op. cit., p. 128

Por lo tanto, es hasta 1994 cuando el sistema de distribución de participaciones se administra de acuerdo con las ponderaciones de la reforma de 1990. Estos cambios implicaron cierta nivelación, que se hizo patente en los indicadores de dispersión de los ingresos per cápita totales de los estados.

Como bien es sabido, la fuente de ingresos de los gobiernos locales en gran parte se derivan del Fondo General de Participaciones, el cual hoy en día, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Coordinación Fiscal,[58] considera para su asignación entre otros factores el Producto Interno Bruto de la Entidad, así como su recaudación de impuestos y derechos locales, y la última información oficial de población que hubiere dado a conocer el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática para cada Entidad.

En 1996 acontecieron importantes cambios en materia de coordinación fiscal. Estos cambios se fundamentaban en el Programa para un nuevo Federalismo 1995 – 2000 que el gobierno federal preparó desde 1994. Las reformas fueron tanto cuantitativas como cualitativas: por vez primera desde 1980 se asignó territorialmente a cada estado un porcentaje de los rendimientos de un impuesto federal (IEPS); asimismo, se consolidó la idea de enmarcar en el SNCF las transferencias condicionadas que habían surgido junto con la descentralización de la educación básica en 1992 y que habían crecido al

[58] Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación 24-06-2009.

En 1996 acontecieron importantes cambios en materia de coordinación fiscal. Estos cambios se fundamentaban en el Programa para un nuevo Federalismo 1995 – 2000 que el gobierno federal preparó desde 1994. Las reformas fueron tanto cuantitativas como cualitativas: por vez primera desde 1980 se asignó territorialmente a cada estado un porcentaje de los rendimientos de un impuesto federal (IEPS); asimismo, se consolidó la idea de enmarcar en el SNCF las transferencias condicionadas que habían surgido junto con la descentralización de la educación básica en 1992 y que habían crecido al descentralizar otras funciones. Los objetivos explícitos del programa fueron los siguientes:

·Vigorizar la autonomía política de los estados.

·Desplegar un amplio proceso de descentralización de funciones (educación, salud, medio ambiente, bienestar social, combate a la pobreza extrema y desarrollo urbano) y preparar administrativamente a los estados para realizar estas funciones.

·Transformar el SNCF para otorgar simultáneamente mayores ingresos y atribuciones de gasto a los estados.

·Redistribuir territorialmente la inversión y el gasto federal para fomentar el desarrollo con prioridad en las regiones con mayores necesidades de infraestructura.

·Revisar las atribuciones y responsabilidades del Municipio, para fortalecerlo como espacio político y administrativo.

·Implementar políticas efectivas tendientes a minimizar las diferencias regionales en materia de ingresos.

Como se muestra en el cuadro No. 9, a partir de 1996 se incrementó el porcentaje de participación sobre la RFP hasta el 20%, se incorporó al FFM el Fondo de Reordenamiento del Comercio Urbano, con lo que pasó de 0.56 al 1% de la RFP y se incrementaron un 18% las participaciones que la Federación otorga directamente a los Municipios fronterizos o marítimos con operaciones de exportación de petróleo crudo y gas natural, que equivalen al 0.136% de la RFP.

Cuadro No. 9. Evolución del Sistema de participaciones federales a los estados desde 1996.

Año	Monto participable (como porcentaje de la Recaudación Federal Participable)	
	Porcentaje	**Elementos**
Desde 1996	0.25	Reserva de contingencia para apoyar a las entidades cuya participación en el FGP y FFM no alcance el crecimiento experimentado por la RFP.
	1.00	Adicional para las entidades coordinadas en materia de derechos.
	1.38	Incremento otorgado en apoyo a las finanzas de los estados Municipios.
	18.62	Igual que en 1994 y 1995.
	21.25	**Total**

Fuente: Elaborado con base en la Ley de Coordinación Fiscal de 1996.

En 1996 se añade a la LCF el artículo 3-A, que establece la entrega a los Estados del 20% de lo recaudado en su territorio por concepto del Impuesto Especiales sobre Producción y Servicios en los rubros de cerveza y bebidas alcohólicas y un 8% de lo recaudado por el tabaco labrado. Asimismo, en el mismo año se paga a las entidades aproximadamente 0.623% del FGP por concepto de las bases especiales de tributación de 1989. El total de participaciones e incentivos asciende aproximadamente al 24.489% de la RFP.

En materia impositiva, derivado de la aplicación del *Programa para un nuevo Federalismo 1995 – 2000* se presentaron las siguientes reformas:

·La derogación de la Ley del Impuesto sobre Adquisiciones de Inmuebles, que le otorga capacidad a los estados para legislar sobre esta materia sin limitaciones (1996).

·La reforma a la Ley del Impuesto al Valor Agregado para otorgar competencia a los estados para crear un impuesto sobre la prestación de servicios de hospedaje (1996).

·Las reformas a la Ley del Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos que permite a los estados gravar con impuestos locales los vehículos de menos de 10 años de antigüedad, pues ya tenían potestad para gravar los de más de 10 años(1997).

·Las reformas a la LCF para que los estados puedan establecer derechos por la expedición de licencias para el funcionamiento de establecimientos cuyos giros sean la expedición de bebidas alcohólicas y por la colocación de anuncios y carteles en la vía pública (1996).

·Las reformas a la Ley del impuesto Sobre la Renta que implico la disminución del impuesto federal por los ingresos derivados de loterías, rifas y concursos del 21 al 15% en el caso de que a nivel estatal se establezca un impuesto de 6% sobre la misma base, para uniformar la carga a nivel nacional (1996).

·El restablecimiento de la Ley Federal del Impuesto Sobre Automóviles Nuevos a petición de los Estados y en consideración al efecto negativo que podría tener la competencia fiscal que derivaría en la eliminación gradual del impuesto. Con el objeto de fortalecer las haciendas estatales, los ingresos recaudados por este impuesto corresponden en su totalidad a los estados (1997).

·El establecimiento de la auditoría y fiscalización conjunta de Federación y Estados sobre el IVA, el ISR, el Impuesto al Activo de las Empresas (IMPAC) y el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS), sólo a contribuyentes del régimen simplificado del ISR. A los Estados se les entregará el 100% del monto efectivamente pagado de los créditos que sus funcionarios determinen en las auditorias del IVA, el 75% en las del ISR e IMPAC y 100% en las del IEPS (1997).

Estas reformas han transformado profundamente el sistema de financiación de los Estados, pues han fomentado la participación en labores administrativas en impuestos federales, han aumentado el poder tributario de los estados en materia de adquisición de inmuebles, servicios de hospedaje de tenencia de automóviles y, por último, le han otorgado a los estados poder para gravar la adquisición de automóviles nuevos. A pesar de que no todos los Estados no han ejercido estos nuevos poderes tributarios, en 1998 la recaudación conjunta de las nuevas potestades representaba más de una tercera parte de los ingresos propios del conjunto de los estados.

No obstante, el cambio más importante fue la incorporación a la LCF de los fondos de aportaciones federales, conocidas como Ramo 33, transferencias condicionadas, que son la consecuencia en materia de ingresos del proceso de descentralización de funciones que a principios de los noventa inició la Federación.

La primera función que se descentralizó fue la educación básica, es decir, primaria y secundaria. En mayo de 1992 se crea el Acuerdo Nacional para la Modernización de la Educación Básica, que fundamentalmente pretende transferir a los estados los recursos necesarios para pagar los sueldos de los maestros y el mantenimiento de las aulas.

En agosto 1996 la Federación también decidió descentralizar algunos servicios de salud a los Estados a través del Acuerdo Nacional para la Descentralización Integral de los Servicios de Salud. El acuerdo pretende transferir a los Estados la atención médica básica a los ciudadanos que por su situación laboral no estén afiliados a los servicios de salud que presta la Seguridad Social. Para tal efecto se crean Organismos Públicos Descentralizados estatales.

Asimismo, desde 1991 la Federación ha desconcentrado la tercera parte de los recursos del Ramo 26 (antes Solidaridad) a las autoridades municipales para su ejercicio, con la participación de la ciudadanía, creándose la figura del contralor social.

En 1998 se decide institucionalizar las responsabilidades transferidas, creando el Ramo 33 del Presupuesto de Egresos y se crea el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal, que da marco legal a las aportaciones federales para Entidades Federativas y Municipios. El Ramo 33 se crea con cinco fondos en 1998 y se amplía a siete en 1999. Se trata de recursos federales condicionados, cuya fiscalización directa la realizan las autoridades y los congresos estatales pero sujetos a la normatividad y supervisión federales mediante convenios especiales.

Estas transferencias al estar condicionas o etiquetadas, la discrecionalidad de su ejercicio se encuentra previamente designada por la Federación, quien por medio de la Ley de Coordinación Fiscal,

actualmente otorgan estas ministraciones económicas a través de ocho fondos.[59] Acciones recientes han buscado modificar los criterios del Fondo General de Participaciones, como el Decreto publicado el 21 de diciembre de 2007 en el Diario Oficial de la Federación, conocido porque además de reformar la Ley de Coordinación Fiscal, abroga la Ley del Impuesto Sobre Tenencia o Uso de Vehículos.[60] En su proceso legislativo fueron expuestas propuestas para realizar incrementos en el porcentaje que integra el FGP, entre las que destacan su modificación al 25%[61] de la Recaudación Federal Participable, al 24%[62] además de que la RFP se debería integrar por todos los impuestos y derechos sobre la extracción de petróleo y minería, incluyendo aprovechamientos y productos obtenidos por PEMEX, menos devoluciones por cada concepto; entre otras interesantes modificaciones propuestas. Sin embargo, la redacción actual conserva el 20% de la RFP como monto integrante del citado FGP.[63]

I. Siguiendo el camino trazado

El esquema trazado desde la década de los 80's ha sufrido modificaciones, sin embargo estas no han sido estructurales, únicamente

---

[59] Fondo de Aportaciones para la Educación Básica y Normal; Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud; Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social; Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal; Fondo de Aportaciones Múltiples; Fondo de Aportaciones para la Educación Tecnológica y de Adulto; Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal; Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de las Entidades Federativas.

[60] En dicho decreto se establece, que en lo referente a la Ley de Coordinación Fiscal, con respecto al Impuesto Sobre Tenencia o Uso de Vehículos, las reformas entrarán en vigor el 1o. de enero de 2012; por otra parte establece, que con relación al artículo TERCERO que Abroga la Ley del Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos, de conformidad con su artículo Cuarto Transitorio este entrará en vigor el 1o. de enero de 2012.

[61] Presentada por los Diputados Emilio Gamboa Patrón y José Rosas Aispuro Torres, del Grupo Parlamentario del PRI.

[62] Propuesta de la Senadora Minerva Hernández Ramos, del Grupo Parlamentario del PRD. Su propuesta se enfoca a una nueva ley, denominada Ley de Coordinación Hacendaria.

[63] El 26 de marzo de 2009, el Diputado Horacio Emigdio Garza Garza, del Grupo Parlamentario del PRI, presentó una propuesta de reforma a Ley de Coordinación Fiscal, que propone incrementar al 21.35% el FGP. A su vez, señaló que el Impuesto Sobre Tenencia o Uso de Vehículos se debería abrogar el 1 de enero de 2010, proponiendo que el monto participado y el recaudado por este impuesto en el ejercicio 2009, se integraran como factores para distribuir el FGP.

se ha confirmado la línea de acción de la Federación, Estados y Municipios. En la actualidad, derivado de la situación de crisis económica que enfrenta el país, así como el incremento del Impuesto Sobre la Renta, Impuesto al Valor Agregado, Impuesto a los Depósitos en Efectivo, así como las modificaciones al Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, se han proyectado diversos escenarios, el primero de ellos incluye el incremento de la Recaudación Federal Participable en un 3.8% con relación a 2009,[64] por otro lado, se prevé que el 86% de las transmisiones federales, de las que dependen las entidades federativas, se verá incrementado en un 2.7%, sin embargo, con relación a sus ingresos propios, la proyección es que estos disminuirán hasta en un 10%.[65] Esto demuestra que si bien los incentivos económicos han sido atractivos, también lo es que las Entidades Federativas y los Municipios han preferido conservar este esquema en lugar de implementar alternativas diversas.

Después de esta breve revisión a nuestro sistema Federal, así como a los orígenes por los que se instituyó el sistema de Coordinación Fiscal, su evolución y desarrollo, resulta claro observar que si bien este mecanismo otorga recursos económicos a los Estados y Municipios, también lo es que ha generado incentivos perversos, que se han traducido en dependencia económica hacia la Federación, situación totalmente opuesta a lo que nuestro sistema enarbola. El Centralismo Hacendario ha redundado no sólo en la pérdida del ejercicio de funciones contributivas de los Estados, sino en corrupción en el manejo y destino los Fondos. El ideal ha sobrepasado la realidad, pues en la la actualidad son leyes, reglamentos y disposiciones normativas las que establecen la forma en que la Federación entregará a los Estados, los impuestos que en sus territorios se generan y que en algunas ocasiones, son precisamente las autoridades locales, quienes se encargan de realizar su cobro y fiscalización, derivado de los llamados convenios de colaboración administrativa entre Federación y Estados.

---

[64] López Moguel, Ana Isabel, "Participaciones Federales a Municipios. Estimación para 2010", *Revista del Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas Organismo del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal*, No. 160, noviembre-diciembre 2009, México, 2009, p. 117

[65] Datos obtenidos en: Núñez Barba, Enrique, "Riesgos de los sistemas de pensiones: Desafío para las Finanzas Públicas", *Revista del Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas*

BIBLIOGRAFÍA:

A.A. V.V., Las Finanzas del Sistema Federal Mexicano, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000.

ARELLANO CADENA, ROGELIO, Federalismo Fiscal. Retos y Propuestas, Fundación Mexicana Cambio XXI Luis Donaldo Colosio, México, 1994.

ANDREA SÁNCHEZ, FRANCISCO JOSÉ DE, Coordinador, Derecho Constitucional Estatal. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

CARPIZO, JORGE, Estudios Constitucionales, 7° edición, Porrúa, México, 1999.

CASTRO MELGAREJO, REYNALDO, Transparencia en el Origen y Destino de los Recursos Públicos desde los Municipios, para consolidar la Gobernabilidad Democrática, Ediciones Luciana, México, 2001.

COLMENARES PÁRAMO, DAVID Y VILLARRUEL MATA, MOISÉS, Federalismo Fiscal desde Estados y Municipios, El Economista Mexicano, Número 2, Órgano de Difusión del Colegio Nacional de Economistas, México, 1999. REVISTA

CHAPOY BONIFAZ, DOLORES BEATRIZ y otros, Derecho Fiscal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1991.

DE PINA VARA, RAFAEL, Diccionario de Derecho, 22 Edición, Porrúa, México, 1996.

GÁMIZ PARRAL, MÁXIMO N, Derecho Constitucional y Administrativo de las entidades federativas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

---------- Derecho y Doctrina Estatal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ, ALICIA, Coordinadora, ¿Hacia un nuevo federalismo?, El Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

Coordinadora, ¿Hacia un nuevo federalismo?, El Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

LÓPEZ MOGUEL, ANA ISABEL, "Participaciones Federales a Municipios. Estimación para 2010", Revista del Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas Organismo del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, No. 160, noviembre-diciembre 2009, México, 2009.

MORONES HERNÁNDEZ, HUMBERTO, El Municipio en el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, INDETEC, México, 1995.

ORTEGA LOMELÍN, ROBERTO, El Nuevo Federalismo La Descentralización, Porrúa, México, 1988.

ORTÍZ RUÍZ, MIGUEL, Evolución del Sistema de Participaciones 1980-1997, INDETEC, México, 1998.

RUIZ MASSIEU, JOSÉ FRANCISCO, Cuestiones de Derecho Político (México y España), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.

VALADÉZ, DIEGO Y GUTIERRÉS RIVAS, RODRIGO (coords.), Economía y Constitución, Tomo IV, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.