

Tohil

REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO



DIRECTORIO Tohil

DIRECTOR GENERAL

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández

EDITOR

Abog. Marisol Camacho Ancona

CONSEJO EDITORIAL

Mtra. Lucely Martina Carballo Solís

Mtra. Socorro Guillermo Aguilar

Abog. Jorge Enrique Rivero Aguilar

Mtro. Stephen Urbina Rodríguez

Mtro. Pedro Berzunza Castilla

Mtra. Melba Angelina Méndez Fernández

Dr. José Zaragoza Huerta (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Dr. Michel Núñez Torres (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Dr. Serafín Ortiz Ortiz (Universidad Autónoma de Tlaxcala)

Dr. Genaro Carnero Roque (Universidad Autónoma de Tlaxcala)

DISEÑO GRÁFICO

LCC. Iyiro Gallegos Berzunza

LCS. Miguel Ángel Valdez Esquivel



PORTADA
Eligio Ancona Castillo
1835-1893

Tohil, Año 15, No. 36, Enero - Junio de 2015, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Yucatán, a través de la Facultad de Derecho, Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mérida, Yucatán, México, tel. 999 982242. <http://www.derecho.uady.mx/tohil/>, marisol.camacho@correo.uady.mx. Editor Responsable, Marisol Camacho Ancona. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo 04-2013-031117380400-102, ISSN 2007-6673, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y Contenido en trámite. Permiso SEPOMEX en trámite. Publicación impresa por Grupo Impresor Unicornio, S.A de C.V., Facultad de Derecho, Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mérida, Yucatán, México. Este número se terminó de imprimir en julio de 2015 con un tiraje de 200 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor ni de la Institución. Queda totalmente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Dirección de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán.

ÍNDICE

	EDITORIAL	5
EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA Y LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN EL SISTEMA NORMATIVO MEXICANO, IUSINTERNACIONAL Y COMPARADO		7
	Dra. María Leoba Castañeda Rivas	
REFLEXIONES SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTADO PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO		40
	Mtro. José Alfredo Martín Montes de Oca Mercado Dr. Rafael Santacruz Lima Dr. Carlos A. Macedonio Hernández Mtra. Lucely M. Carballo Solís	
LA NECESIDAD DE DEROGAR LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EXISTENTES EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL DE CONDUCTA OMISIVA		58
	Mtro. Carlos Jorge Escalante Palma	
CONVENCIONALIDAD Y DERECHOS HUMANOS		91
	Abog. Gerardo Montejo Aragón	
RESTRICCIONES INCONSTITUCIONALES EN VALES DE DESPENSA Y EL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO DE DEFENSA		105
	Abog. Teresa de Jesús May Cua	

PONENCIA. 117
EL ASESINATO DE LEÓN TROTSKY, COMO YO LO VIVÍ.
MEMORIAS DEL ÚLTIMO TESTIGO VIVO

JURISPRUDENCIAS RELEVANTES 126
ENERO-JUNIO 2015

Tohíl

REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO



EDITORIAL

“Tohil” es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Yucatán, a través de la Facultad de Derecho, el contenido de la Revista se encuentra en constante actualización pues su objetivo es ofrecer un acercamiento a los acontecimientos más importantes del Derecho, es por ello que en este número, como resultado de las investigaciones realizadas en apoyo a la enseñanza y a la difusión de los avances en la ciencia jurídica, presentamos artículos multidisciplinarios de trascendencia práctica para académicos y profesionales del área.

Como primer artículo se realiza una atenta invitación al estudio comparado del Derecho contractual en materia civil. Con el título **EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA* Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL SISTEMA NORMATIVO MEXICANO, IUSINTERNACIONAL Y COMPARADO** la autora aborda los efectos jurídicos de la Teoría de la Imprevisión analizando su aplicación en las legislaciones nacionales e internacionales así como en el derecho interno a través de los códigos locales y la jurisprudencia relacionada; todo ello tomando en cuenta los principios fundamentales que se refieren al cumplimiento de los contratos en sus términos y el que contempla la alteración de las circunstancias contractuales en caso de modificaciones posteriores. Con este estudio resulta evidente que cualquier disciplina jurídica, no solamente en materia contractual civil, la aplicación del Derecho forma parte de la vida cotidiana.

En el siguiente artículo titulado **REFLEXIONES SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTADO PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO** los autores realizan una aproximación al estudio de la función del Estado como garantista de la seguridad social, tomando en cuenta la necesidad de explorar alternativas de solución para preservar la seguridad pública mediante políticas adecuadas como la cultura de prevención del delito; el fortalecimiento de la educación, entre otras.

Así mismo, en este número presentamos dos estudios en materia

fiscal, uno de los cuales obtuvo mención honorífica por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el cual alude a la imperante **NECESIDAD DE DEROGAR LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXISTENTE EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EQUIPARADA** contenida en el Código Fiscal de la Federación, resultando interesante porque en el mencionado artículo se expone una contradicción entre la política criminal y la política fiscal aplicada por el Estado Mexicano basándose en el posible carácter culposo del contribuyente cuando actúa como recaudador fiscal, al configurarse el ilícito referido. A su vez, el artículo siguiente gira en torno a la segunda resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2014, que establece la prohibición de utilizar el monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco, en el cual, la autora contempla la figura del Amparo para combatir la prohibición.

Finalmente, en septiembre del 2014 nuestra Institución convocó a un concurso de ensayo jurídico relacionado a la temática de los Derechos Humanos, en el cual resultó ganadora la presentación del artículo **CONVENCIONALIDAD Y DERECHOS HUMANOS**, que aborda un tema relativo a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana.

Entre las secciones complementarias, contamos en esta ocasión con un interesante relato a cargo del nieto de León Trotsky, quien visitó la Facultad en el marco de los 75 años del asesinato del revolucionario ruso. De igual manera presentamos una breve compilación de jurisprudencia considerada relevante, la cual invitamos a su lectura y análisis tomando en consideración la constante evolución del Derecho.

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández
Director

EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA Y LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN EL SISTEMA NORMATIVO MEXICANO, IUSINTERNACIONAL Y COMPARADO

Dra. María Leoba Castañeda Rivas¹

SUMARIO I. *Introducción*; II. *Marco Conceptual*; III. *Origen de la cláusula rebus sic stantibus*. IV. *Su expresión en el Derecho Internacional moderno*; V. *Principio pacta sunt servanda y cláusula rebus sic stantibus. Fundamentos*; VI. *Jurisprudencia mexicana en torno a la Teoría de la Imprevisión*; VII. *Marco normativo interno de la Imprevisión; El papel de la equidad*; VIII. *Rebus sic stantibus en el derecho comparado. El caso español*; IX. *Corolario*

I. INTRODUCCIÓN

El contrato tiene su simiente en el acuerdo de voluntades. Una vez creado, perfeccionado con todos sus elementos y requisitos, produce efectos que no quedan al arbitrio de las partes, sino por el contrario, se cumplen en atención al orden público; conforme a la ley; a lo acordado en las cláusulas; o en consonancia con las normas preceptivas, imperativas o supletorias; también se consideran los usos y la buena fe. En una palabra, hecho el acuerdo, pacto o contrato, sus efectos obligan a las partes, independientemente de cuál sea su voluntad, o qué tan dispuestos estén a cumplir. Surge así el principio *pacta sunt servanda*, implicatorio de que *los pactos se cumplen en sus términos*, o bien, que los contratos se cumplen al tenor de sus propias cláusulas. Siempre se cumplen, incluso contra la voluntad de quienes intervienen en ellos.

Otro elemento valioso en los efectos del contrato es la buena fe, la cual siempre se presume, salvo prueba en contrario; es decir, la mala fe sí es susceptible de comprobarse. Por tanto, los usos y las prácticas, la ley, la buena fe y las cláusulas contractuales son la pauta para su ejecución. Algunas corrientes

¹ Directora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

doctrinales les llaman: deberes adicionales de los contratos.

A lo expresado debe agregarse el aspecto concerniente al entorno imperante cuando se contrata, esto es, el aspecto económico, político, social, comercial, de empleo o desempleo, entre otras cuestiones existentes al momento de suscribir el contrato; lo que significa que, en caso de contratos de tracto sucesivo -que se van perfeccionando mediante prestaciones periódicas-, debe considerarse el citado entorno.

Esto debe analizarse para determinar si es dable ejecutar el contrato en sus términos o si, en un momento dado, por resultar sumamente oneroso, pudiera eludirse su cumplimiento al cambiar las condiciones o circunstancias que prevalecían al momento de contratar en términos de compraventa, arrendamiento, sociedad, hipoteca, contrato de fianza, prenda, entre otros, y siempre bajo el supuesto de variación sensible e inesperada de las circunstancias; verbigracia: devaluación de la moneda; alteración del tipo de cambio en la moneda contratada; imposibilidad de cumplimiento por exceso de intereses, o sea, onerosidad extrema o excesiva para el obligado; o bien, una catástrofe, peste, epidemia, pandemia o cualquier otra circunstancia que sobreviniere al tiempo mismo de ejecución del contrato.

Surge así la Teoría de la Imprevisión, materia nuclear de este texto de investigación que sometemos a la consideración de nuestros lectores, miembros de la comunidad académica y estudiantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán, o de cualquier otra disciplina, pero, sobre todo, de la sociedad civil en general, para quienes se planean y plantean estas obras.

La temática se centra en la cláusula *rebus sic stantibus*, analizada desde los enfoques iusinternacionales; jurisprudenciales; los propios de las legislaciones locales; así como los del derecho comparado. El objetivo: establecer las conexiones o divergencias en la regulación del axioma en estudio.

En lo particular, traeremos a colación un tratamiento de caso reciente en el derecho español, cuyo Tribunal Supremo ha marcado la senda de una tendencia progresista, al disponer y resolver la revisión de contratos ante situaciones relacionadas con los escenarios de la actual crisis económica.

Esto, a contracorriente del máximo Tribunal mexicano, que persiste

en la conservadora posición de no aplicar la cláusula, ante circunstancias semejantes.

II. MARCO CONCEPTUAL

El principio *pacta sunt servanda* implica que los pactos deben ser cumplidos en sus términos; que los contratos se acatan de conformidad con las cláusulas respectivas; y se cumplen, aún contra la voluntad de quienes intervienen en ellos; por supuesto, después de accionar.

El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados lo refleja al disponer que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.²

Asimismo, la cláusula *rebus sic stantibus* ha servido para denominar a una de las teorías jurídicas más importantes, que busca con deseo la equidad y la justicia, principios rectores de los sistemas jurídicos.³

Originariamente, puede entenderse como *estando así las cosas o manteniéndose en ese estado*. Una interpretación más contemporánea la ubica como el hecho de que las circunstancias mantengan el estado que guardaban al momento de celebrarse el contrato o tratado, de modo tal que si alguna varía, se produciría una ventaja desproporcionada para alguna de las partes.

Por tanto, la Teoría de la Imprevisión puede definirse como *“aquella que permite la revisión de lo pactado por los contratantes, para resolverlo o modificarlo cuando por circunstancias extraordinarias, imprevisibles y ajenas a las partes, se alteran notoriamente las condiciones de su ejecución, haciendo más gravoso el cumplimiento de la obligación por el desequilibrio entre las contraprestaciones”*.⁴

² Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>, consultada el 28 de septiembre de 2012.

³ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, *Diccionario Jurídico Mexicano*, décima segunda edición, Ed. Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F. 1998, pp. 1637 y 1638.

⁴ Tapia Ramírez, Javier, *Teoría de la Imprevisión*, Serie I, Estudios de Derecho, núm. 1, Universidad Cuauhtémoc-Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Puebla, México, 1998, p. 137.

Al respecto, podemos establecer lo siguiente:

- Rompe con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, al ser una excepción a la cláusula *pacta sunt servanda* consagrada en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal.⁵
- Y se plantea el cuestionamiento sobre si se quebrantan o no los principios de la buena fe, de seguridad y estabilidad en las negociaciones, y de conservación del contrato.

III. ORIGEN DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

En general, la doctrina hace referencia al derecho canónico y medieval para hablar de la cláusula *rebus sic stantibus*,⁶ la cual fue posteriormente recogida por el iusnaturalismo y considerada como una excepción al principio *pacta sunt servanda*. En efecto, el derecho canónico consideraba nocivo para el obligado pagar onerosamente el contrato o recibir un daño; esto es, la existencia de una marcada desproporción entre la cuantía a pagar, frente a la contraprestación recibida.

A. EDAD MEDIA. En la *Suma Teológica*, Santo Tomás de Aquino refiere que el hombre se excusa de cumplir lo prometido cuando las circunstancias de las personas y de los negocios han cambiado. Incluso se condenaba como usura la conducta tendente a generar excesiva onerosidad a alguna de las partes.

B. DERECHO CANÓNICO. La Iglesia, siempre protectora y piadosa, adoptó el papel de defensora de los derechos de los débiles o necesitados frente a los poderosos. Aprovecharse del prójimo llegó a constituir una falta ante

⁵ Código Civil para el Distrito Federal en vigor.

⁶ *Cfr.* Galindo Garfias, Javier, *op. cit.*, pp. 1637 y 1638.

Dios, un pecado.

C. POSTGLOSADORES. Aquí, su mayor auge lo representan dos juristas: Bartolo de Sassoferrato y su discípulo Baldo de Ubaldis, y donde la citada cláusula resulta de una abreviación de *contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuros rebus sic stantibus intelliguntur*. Es decir, *los compromisos de desarrollo sucesivo que dependen del futuro, deben entenderse que rigen mientras las circunstancias permanezcan como estaban* (al celebrarse el contrato). Son contratos de tracto sucesivo. Esta cláusula, al principio, se aplicaba sólo a renunciaciones y promesas, pero con posterioridad se extendió a todos los actos de voluntad.

D. ILUSTRACIÓN. Por citar algunos ejemplos, tenemos el Código Civil Bávaro de 1756 y el Código General para los Estados Prusianos de 1794, donde se privilegiaba el cumplimiento del contrato, siempre y cuando no cambiaran las circunstancias.⁷

IV. SU EXPRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO

Varios autores mencionan a Hugo Grocio, jurista holandés, y a Alberico Gentili, jurista italiano, como los introductores de esta cláusula en el derecho internacional moderno. En la actualidad, se encuentra en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*⁸ que, en su artículo 62, expresa:

“Cambio fundamental en las circunstancias.

“1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

⁷ Cfr. Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 108.

⁸ Suscrita en 1969, en vigor a partir de 1980, y de la que México es parte.

‘a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

‘b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

‘2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

‘a) si el tratado establece una frontera; o

‘b) si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

‘3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado”.⁹

V. PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA* Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*. FUNDAMENTOS

A. PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

Uno de los principios torales que contemplan los Códigos Civiles de las entidades federativas mexicanas, en materia de contratos, es el de *pacta sunt servanda*, conforme al cual los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos, sin importar que sobrevengan acontecimientos

⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>, consultada el 28 de septiembre de 2012.

futuros imprevisibles que pudieren alterar el cumplimiento de las obligaciones contraídas de acuerdo con las condiciones que privaban al momento de su celebración.

Lo encontramos prácticamente en todas; entre otras, en el Código Civil de Jalisco (artículo 1266); de Guanajuato (artículo 1283); de Morelos (artículo 1671); de Sonora (artículo 1927); de Nuevo León (artículo 1693); de Tamaulipas (artículo 1259); de Veracruz (artículo 1792); de Yucatán (artículo 992); de Aguascalientes (artículo 1733); de Nayarit (artículo 1169); de Tlaxcala (artículo 1280); del Estado de México (artículo 732); en el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 1796).

B. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

a. Código Civil para el Distrito Federal

El 22 de enero de 2010 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el decreto por el que se reforma el artículo 1796, y se adicionan el 1796 Bis y Ter del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

‘Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente

a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo”.¹⁰

En la disposición textualmente citada, se aprecia el error recurrente del legislador al pretender que la regla para perfeccionar los contratos es el solo consentimiento y, en el caso concreto, el legislador de la ciudad-capital mexicana olvida o ignora que, conforme a la regulación vigente, la norma civil da la pauta para formalizar cada contrato, de manera que la pretendida excepción se convierte en la regla general, y viceversa, pues incluso las tendencias internacionales actuales se abocan al dirigismo contractual, a los contratos de adhesión a los actos de unión de voluntad, en los cuales, normalmente, quien acepta el instrumento no discute las cláusulas, de donde puede concluirse que, efectivamente, el contrato nace por el consentimiento, pero para perfeccionarse y generar consecuencias de Derecho, debe revestir alguna forma ordenada por la ley. Debió aprovecharse la oportunidad de revisar el mencionado artículo, a fin de armonizar y actualizar el criterio descrito.

Lo novedoso en esta disposición consiste, claro está, en la incorporación de la Teoría de la Imprevisión, lo que prefigura la pretensión de dar solución a los actos jurídicos o contratos en los que las circunstancias varíen, y siempre y cuando sean de tracto sucesivo.

El criterio del legislador capitalino se extiende también así:

“Artículo 1796 Bis. En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada.

‘La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el

¹⁰ Código Civil para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 29 de diciembre, 2009, consultado el 4 de febrero de 2015 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

derecho de suspender el cumplimiento del contrato.

‘En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.

‘Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:

I. La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez,

II. La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.

‘Artículo 1796 Ter. Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible, sino que estas modificaciones aplicarán a las prestaciones por cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviese en mora o hubiere obrado dolosamente.

‘Artículo 1797 La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.¹¹

Es importante reflexionar sobre la naturaleza de los acontecimientos extraordinarios, pues aquí se restringen a que sean de carácter nacional, por su origen. En sentido estricto, nos parece absurdo hablar de hechos o sucesos *de carácter nacional*, cuando varias de las afectaciones posibles podrían tener un origen extranacional, visto el escenario tan complejo e interrelacionado

¹¹ *Idem.*

propio de un mundo global y cada vez más integrado. Es el caso, por ejemplo, de una severa devaluación monetaria que podría tener una incidencia grave y desestabilizadora, tanto en lo financiero como en lo económico, lo mismo si proviniese de fuentes nacionales como de internacionales.

Sería también el caso de una crisis económica generalizada; o alguna circunstancia imprevisible que, incluso, pudiese generar una suspensión de garantías; afectaciones todas que podrían conllevar una marcada disminución en el poder adquisitivo de la moneda, y que impidiese, por ende, la cobertura sostenible de rentas, deudas con intereses o cualquier otra obligación tan onerosa; cuestiones todas que podrían dar lugar a la modificación del contrato para equilibrar las prestaciones.

En la práctica se han dado efectos en esta materia, como en el caso de los contratos de arrendamiento, procurándose ajustar el precio de la renta, o equilibrarlo. Lo mismo sucede en el mutuo o préstamo cuando hay intereses usurarios por parte de personas o instituciones, o cuando las cosas o bienes no cuestan lo que en realidad se pretende que una de las partes pague por ellas. O sea, se requiere del análisis de los supuestos para poder aplicar el criterio equitativo o equilibrador.

Pasaremos, ahora, a presentar un panorama general de las legislaciones locales de México que han incorporado la figura de la Imprevisión y, por su relevancia, habremos de plasmarlas fielmente a fin de dotar al lector del material legislativo actualizado.

b. Código Civil de Aguascalientes.

“Artículo 1733.- El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquéllos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos cuando, por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer

la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato.

‘Artículo 1734.- En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Sólo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aún cuando esta última rehusare la proposición.

‘Artículo 1735.- En los casos a que se refiere el artículo 1731, si por virtud de la rescisión quedare sin compensar algún lucro o beneficio obtenido por una parte a costa de la otra, se estará a lo dispuesto en el Capítulo Tercero de este Título.

‘Artículo 1736.- Para que tengan aplicación los artículos que preceden, se supone que el cumplimiento parcial o total del contrato se haya pendiente por causa legítima y no por culpa o mora del obligado’.¹²

En el artículo 1733 se introduce terminología propia del negocio jurídico, como es la causa, cuestión muy trabajada en legislaciones europeas, como la francesa, la italiana, la alemana, e incluso parcialmente la española,

¹² Código Civil de Aguascalientes, Periódico Oficial del Estado, 7 de enero de 2005, consultado el 9 de febrero de 2015 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

debiendo aclarar que la legislación mexicana no contempla el estudio de la causa; normalmente, nuestras legislaciones civiles no son causalistas, sino más bien analizamos el motivo o fin determinante de la voluntad en los contratos.

c. Código Civil de Jalisco.

De forma singular, la legislación jalisciense habla de *reducibilidad*, término, a nuestro juicio, no muy jurídico, pues podría hablarse, en su caso, de resolución de la obligación, como lo hacen otras legislaciones; sin embargo, veamos los alcances de la *reducibilidad*.

“Capítulo VI

‘De la reducibilidad

‘Artículo 1795.- Se da la reducibilidad en un contrato sinalagmático cuando en el momento de otorgarse se pacten prestaciones superiores a las establecidas en la ley, es decir, la reducibilidad no anula el contrato sino que restablece la equidad contractual cuando sobrevienen hechos o causas que no existían al momento de otorgarse el acto jurídico y que de haber existido reducirían o anularían las prestaciones otorgadas”.¹³

d. Código Civil de Guanajuato.

“Artículo 1351. Los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida se resuelven por:

‘...III. La circunstancia de que la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, ajenos a su voluntad y que no sean consecuencia de la ejecución normal del contrato.

¹³ Código Civil de Jalisco, Periódico Oficial del Estado, 10 de febrero de 2004, consultado el 5 de febrero de 2015 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

‘El contratante afectado podrá solicitar la modificación o resolución del contrato’.¹⁴

“Artículo 1354. En el caso a que se refiere el artículo 1350, los efectos de la rescisión serán retroactivos entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la rescisión no se extiende a las prestaciones ya efectuadas. Se aplicará esto último a los casos de resolución de los contratos previstos en el artículo 1351”.¹⁵

Con gran propiedad, Guanajuato recurre a las figuras de la resolución o modificación, para resolver la problemática planteada, en caso de excesiva onerosidad. Aclara que, en caso de rescisión, no se incluirán, por supuesto, prestaciones ya cumplidas, sino producirá efectos al futuro, es decir, una vez que se dieron y se lograron probar las circunstancias imprevisibles, extraordinarias, ajenas a la voluntad, y causantes de la imposibilidad de cumplir o pagar.

e. Código Civil de Coahuila.

“Sección Tercera

‘De la excesiva onerosidad sobrevenida

‘Artículo 2147.- Cuando en cualquier momento de la ejecución de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico o diferido, la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse en el momento de la celebración, la parte que deba tal prestación podrá demandar, bien la rescisión del negocio o bien una modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución, pero si el negocio es de ejecución continuada o periódica, la rescisión no se extenderá a las prestaciones ya realizadas.

‘Artículo 2148. Si de los medios mencionados en el artículo anterior

¹⁴ Código Civil de Jalisco, Periódico Oficial del Estado, 10 de febrero de 2004, consultado el 5 de febrero de 2015 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

¹⁵ *Idem.*

el interesado opta por la rescisión, el demandado podrá oponerse a ella proponiendo modificaciones al contrato suficientes para reducirlo a la equidad.

‘Artículo 2149. Cuando la excesiva onerosidad por los acontecimientos extraordinarios a que se alude en el artículo 2147 se presente en negocios en que una sola de las partes hubiere asumido obligaciones, la misma podrá pedir, o bien una reducción equitativa de su prestación, o bien, una modificación, también equitativa, de las modalidades de ejecución.

“Artículo 2150. No son aplicables las disposiciones de esta sección a los contratos aleatorios, en que la sobrevenida onerosidad excesiva quede comprendida en la incertidumbre normal de los mismos”.¹⁶

f. Código Civil de Sinaloa.

“Artículo 1735 Bis A. En los contratos bilaterales y unilaterales con prestaciones periódicas o de tracto sucesivo, el consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias generales existentes al momento de su celebración.

‘Artículo 1735 Bis B. Cuando en cualquier momento de la ejecución de los contratos a que se refiere el artículo anterior, varíen substancialmente las condiciones generales del medio en el que debe tener cumplimiento, por acontecimientos extraordinarios, que no pudieron razonablemente preverse por ninguna de las partes contratantes al momento de su celebración; y que de llevar adelante los términos aparentes en la convención resultaría una prestación excesivamente onerosa a cargo de cualquiera de éstas, que rompan la equidad en el contrato celebrado, podrá demandarse la terminación de éste o bien una modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución.

¹⁶ Código Civil de Coahuila, Periódico Oficial del Estado, 26 de junio de 2012, consultado el 2 de febrero de 2015 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

‘Artículo 1735 Bis C. En todos los casos, ya sea de terminación de contrato o de la modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución, el alcance de la demanda no se extenderá a las prestaciones realizadas hasta antes de la presentación del acontecimiento extraordinario, pero las prestaciones cubiertas con posterioridad a éste, así como las futuras pendientes de cumplir, sí serán materia de la terminación del contrato o de la modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución.

‘Artículo 1735 Bis D. Si el interesado opta por la terminación del contrato, el demandado podrá oponerse a ella, proponiendo modificaciones al contrato suficientes para adecuarlo a los principios de equidad, buena fe y reciprocidad de las partes, en cuyo caso, y de no ser aceptadas las modificaciones propuestas, se continuará con la acción de terminación.

‘Artículo 1735 Bis E. Sólo se considerarán como acontecimientos extraordinarios a aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos o circunstancias ajenos a la voluntad de las partes que alteran la equidad en el contrato, de tal manera que de haberlas sabido alguna de las partes, no habría pactado en la forma que lo hizo, o simplemente no hubiera llevado a cabo el contrato. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social, ni los cambios de posición o circunstancias económicas o sociales propios de los contratantes.

‘Artículo 1735 Bis F. La prescripción de las acciones anteriores, será de un año.

‘Artículo 1735 Bis G. Para que tengan aplicación los artículos que preceden, el cumplimiento parcial o total del contrato debe encontrarse pendiente por las causas señaladas y no por la culpa o mora del obligado”.¹⁷

¹⁷ Código Civil de Sinaloa, Periódico Oficial del Estado, 6 de febrero de 2013, consultado el 2 de febrero de 2015 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

g. Código Civil de Tamaulipas.

“Artículo 1261. En los contratos bilaterales de ejecución diferida, o tracto sucesivo, cuando las circunstancias que prevalecían en el momento de su celebración, y que influyeron de manera importante en la determinación de las partes para celebrarlo, sufren alteración sustancial por un hecho imprevisible, de manera que el cumplimiento de sus cláusulas, tal como fueron estipuladas, rompería el equilibrio de las prestaciones, el juez podrá dictar las modificaciones necesarias para establecer la equidad en la ejecución del contrato.

‘Artículo 1262. El juez sólo podrá acordar la modificación del contrato:

‘I.- Por sentencia que pronunciará a instancia del perjudicado;

‘II.- Si en el juicio se prueba que la alteración de las circunstancias fue imprevisible y general en la región o en el país;

‘III.- Sin modificar la naturaleza y los elementos sustanciales del contrato’.¹⁸

h. Código Civil de Veracruz.

“Artículo 1792 A. En los contratos bilaterales con prestaciones periódicas o continuas, así como en los contratos unilaterales, el consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias generales existentes en el momento de su celebración, salvo aquéllos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio.

‘Artículo 1792 B. Cuando en cualquier momento del cumplimiento

¹⁸ Código Civil de Tamaulipas, Periódico Oficial del Estado, 24 de septiembre de 2013, consultado el 2 de febrero de 2013 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

de los contratos a que se refiere el artículo anterior, cambien las condiciones y circunstancias generales existentes en el momento de su celebración por acontecimientos extraordinarios que no se pudieron razonablemente prever por las partes, y que de llevarse adelante los términos de la convención resulten las prestaciones excesivamente onerosas para una de las partes y notoriamente favorable para la otra, en estos casos el contrato deberá ser modificado por el juez, a petición de parte, conforme a la buena fe, a la mayor reciprocidad y a la equidad de intereses, y en caso de ser imposible aquello, podrá determinar que se extingan sus efectos.

‘Artículo 1792 C. La terminación del contrato o la modificación equitativa en la forma y modalidad de la ejecución, no se aplicará a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario sino sólo se aplicará a las prestaciones cubiertas o por cubrir con posterioridad a éste.

‘En estos casos la parte que haya obtenido la terminación o la modificación del contrato deberá compensar a la otra por mitad, el importe de los menoscabos que sufre por no haberse ejecutado el contrato en las condiciones inicialmente pactadas.

‘Las resoluciones judiciales que en este caso se dicten admitirán el recurso de apelación en ambos efectos.

‘Artículo 1792 D. Sólo se consideran como acontecimientos extraordinarios, aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos o circunstancias que alteran la situación económica del país, de tal manera que de haberlas sabido el deudor no habría pactado en la forma que lo hizo, o no hubiera pactado.

‘Artículo 1792 E. La prescripción de las acciones anteriores, será igual al término que concede la ley para el ejercicio de la acción de cumplimiento o rescisión para cualquiera de las partes, según el contrato de que se trate.

‘Artículo 1792 F. Para que tengan aplicación los artículos que preceden, el cumplimiento parcial o total del contrato deberá estar pendiente por la causa o acontecimiento extraordinario señalado, y no por la culpa o mora del obligado’.¹⁹

i. Código Civil del Estado de México.

“Artículo 7.35. En cualquier momento de la ejecución de los contratos a que se refiere el artículo anterior, y siempre que las partes hubieren consignado las circunstancias que sustentaron los motivos determinantes de su voluntad para celebrarlos, si tales circunstancias varían por cumplimiento del contrato para una de ellas, la parte afectada podrá pedir la rescisión o la nulidad relativa del contrato, o la reducción equitativa de la obligación.

‘Artículo 7.36. Los acontecimientos extraordinarios a que se refiere el artículo anterior, serán:

‘I. El desarrollo y disponibilidad de nuevas tecnologías que hagan excesivamente oneroso en el proceso productivo, el uso de los bienes o servicios a los que se refirió el contrato;

‘II. La modificación sustancial y generalizada de los precios que en el mercado corriente tuviere el suministro o uso de los bienes, o la prestación del servicio, objeto del contrato.

‘Se entenderá por modificación sustancial, toda variación de los precios en un porcentaje no menor al treinta por ciento.

‘III. La modificación sustancial de cualquiera otra condición

¹⁹ Código Civil de Veracruz, Periódico Oficial del Estado, 3 de febrero de 2014, consultado el 2 de febrero de 2013 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

determinante de la voluntad de las partes, señalada expresamente en el contrato.”

‘Artículo 7.37. Aquél que de manera infundada invoque acontecimientos extraordinarios con el único propósito de incumplir obligaciones convenidas, deberá pagar a su contraparte un treinta por ciento más de lo que pretendía nulificar o reducir’.²⁰

j. Código Civil Federal.

En el ámbito federal, la Teoría de la Imprevisión aún no está regulada. Y es menester hacerlo, y ponernos a la vanguardia en esta materia, por razones de justicia, equidad y prevención.

VI. JURISPRUDENCIA MEXICANA EN TORNO A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se ha actualizado en torno al tema, puesto que hasta el año 2004 se ha mostrado favorable al principio *pacta sunt servanda*, a pesar de que la cláusula *rebus sic stantibus* está regida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y de que actualmente el Código Civil para el Distrito Federal ya la contempla en sus artículos 1796, 1796 Bis y 1796 Ter.

Esta postura se confirma en las siguientes tesis:

“CONTRATOS. LOS LEGALMENTE CELEBRADOS DEBEN SER FIELMENTE CUMPLIDOS, NO OBSTANTE QUE SOBREVENGAN ACONTECIMIENTOS FUTUROS IMPREVISIBLES QUE PUDIERAN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN,

²⁰ Código Civil del Estado de México, Periódico Oficial del Estado, 18 de diciembre de 2014, consultado el 2 de febrero de 2013 en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/331/>

DE ACUERDO A LAS CONDICIONES QUE PRIVABAN AL CONCERTARSE AQUÉLLA.- De acuerdo al contenido de los artículos 1796 y 1797 del Código Civil para el Distrito Federal, que vienen a complementar el sistema de eficacia de los contratos a partir de su perfeccionamiento, no adoptan la teoría de la imprevisión o cláusula *rebus sic stantibus*, derivada de los acontecimientos imprevistos que pudieran modificar las condiciones originales en que se estableció un contrato sino, en todo caso, el sistema seguido en el Código Civil referido adopta en forma genérica la tesis *pacta sunt servanda*, lo que significa que debe estarse a lo pactado entre las partes, es decir, que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos, no obstante que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar el cumplimiento de la obligación de acuerdo a las condiciones que privaban al concertarse aquélla, sin que corresponda al juzgador modificar las condiciones de los contratos.”²¹

”CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. NO ES APLICABLE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE NO LA CONTEMPLAN, AUN CUANDO EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA LA HAYA PACTADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1962.- El hecho de que el gobierno mexicano haya ratificado, por decreto de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no quiere decir que éste deba regir los contratos o convenios que celebren los particulares, ni que la cláusula *rebus sic stantibus* deba tenerse como sobreentendida en cualquier tipo de contrato que se celebre, aun bajo la tutela jurídica de un ordenamiento legal que no la contemple; pues hay que tomar en cuenta que la aludida Convención de Viena, versó exclusivamente sobre el Derecho de los Tratados, esto es, en ella se pactó el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas que cada Estado tiene al momento de celebrar y exigir el cumplimiento de los tratados que, como entes independientes y soberanos, pacten entre sí; por lo que resulta

²¹ Tesis I.8o.C. J/14, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, novena época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, México, mayo de 2002, p. 951.

un contrasentido el establecer que, por haberse pactado en dicha convención la cláusula *rebus sic stantibus*, pueda regir los actos jurídicos que se celebren entre particulares en territorio nacional, ya que su aplicación, en ese caso, se encuentra reservada al ámbito del derecho internacional público.”²²

“TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. INAPLICABILIDAD DE LA, ENTRATÁNDOSE DE ACTOS DE COMERCIO.- El artículo 78 del Código de Comercio, no exige alguna formalidad o requisito para que los contratos mercantiles tengan validez, pues únicamente establece que los mismos deben cumplirse en la forma y términos que las partes quisieron obligarse. Luego, es claro que dicho dispositivo legal, consagra el principio de *pacta sunt servanda*, esto es, indica que lo estipulado por las partes, en cualquier forma que se haya establecido, debe ser llevado a efecto. Por tanto, es inconcuso que, en tratándose de actos mercantiles, no es posible aplicar la teoría de la imprevisión, que sostiene que los tribunales tienen el derecho de suprimir o modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentren modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido prever esta modificación -que los canonistas de la edad media consagraron en la cláusula *rebus sic stantibus*, pues tal principio, es contrario a lo que consagra el citado precepto legal.”²³

“CONTRATOS. PARA SU INTERPRETACIÓN, EN CASO DE CONTROVERSIA, EL ÓRGANO JURISDICCIONAL NO SÓLO DEBE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LO ESTABLECIDO EN ELLOS DE MANERA FORMAL Y MATERIAL, SINO ANALIZAR AQUELLOS ELEMENTOS EXTERNOS AL ACUERDO DE VOLUNTADES QUE HAYAN SIDO PROBADOS POR LOS LITIGANTES (LEGISLACIÓN

²² Tesis: III.2o.C.12 C, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VIII, novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, México, septiembre de 1998, p. 1149.

²³ Tesis III.2o.C.13 C, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VIII, novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, México, septiembre de 1998, p. 1217.

DEL DISTRITO FEDERAL).- El Código Civil para el Distrito Federal, en los artículos 1851 a 1857, establece las reglas para la interpretación de los contratos, entre las que destacan: que si los términos son claros, debe estarse a la literalidad de las cláusulas; que éstas deben interpretarse las unas por las otras; verificar el uso o las costumbres empleadas y que, cualquiera que sea la generalidad de los contratos, no deben comprenderse en ellos cosas diferentes de aquellas sobre las que los interesados acordaron. Ahora, atendiendo al principio *pacta sunt servanda*, el contrato es la fuente de las obligaciones entre las partes que intervinieron, por lo que, en caso de controversia que se dilucide ante el órgano jurisdiccional, cuando las palabras contenidas en el documento no son claras ni precisas, para su interpretación no sólo debe tomarse en consideración lo establecido de manera formal y material en él, sino que, de la interpretación sistemática y en conjunto de los artículos citados, es obligación del juzgador analizar aquellos elementos externos al acuerdo de voluntades que hayan sido probados por los litigantes, para estar en aptitud de verificar cuál fue la intención de los contratantes”.²⁴

Por lo que de la fuente jurisprudencial emitida desde el máximo tribunal de justicia en México, podemos inferir que, ante el dilema que se presenta entre el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*, la Corte se pronuncia a favor de la consolidación jurídica del principio aludido, lo que muestra un tratamiento más tradicionalista y continuista ante una problemática que ameritaría un conocimiento mucho más amplio, justo y abierto.

Es evidente que tanto el principio *pacta sunt servanda* como la cláusula *rebus sic stantibus* son las bases fundamentales para la aplicación de la justicia reclamada. En tal virtud, ambos axiomas deben contenerse en todo sistema jurídico; pero, a nuestro juicio, debe determinarse un mejor espacio de consideración a favor de la equidad que supone la aplicación de la cláusula

²⁴ Tesis I.8o.C.255 C, Tesis Aislada, novena época, Semanario Judicial de la Federación y su GacetaXIX, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, México, abril de 2004, p. 1406.

rebus sic stantibus.

De manera que ambos supuestos pueden coexistir regulados en un mismo ordenamiento legal, lo que podría significar que la legislación, a través de normas de emergencia, podría decidir los términos de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, a efecto de salvaguardar los derechos de los individuos ante situaciones de quebranto económico generalizado.

VII. MARCO NORMATIVO INTERNO DE LA IMPREVISIÓN. EL PAPEL DE LA EQUIDAD

A. CUMPLIMIENTO Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

En primer término, la ley establece el principio *pacta sunt servanda*. A través de él, los contratos, desde que se perfeccionan, obligan a las partes al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado, sino de sus consecuencias; esto, de conformidad con el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, anterior al vigente. Bajo esta premisa, la autonomía de la voluntad en los contratos tiene fuerza obligatoria.

Pero de igual manera, instituye que los contratos pueden ser modificados con base en los principios generales del derecho, y atendiendo a diferentes causas:

a. LA LEY.- Puede prever que *ante un hecho determinado se genere un cambio de la relación contractual*.²⁵ Verbigracia: el caso fortuito o fuerza mayor.

b. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.- Es decir, cuando las partes acuerdan realizar la modificación. Puede ser, por ejemplo, que modifiquen una o varias cláusulas, o que se sustituya a una de las partes.

²⁵ Cfr. García Amigo, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil II, Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, McGraw-Hill, Madrid, España, 1995, pp. 384.

c. SENTENCIA JUDICIAL.- Se da cuando se aplica la cláusula *rebus sic stantibus*, establecida en el párrafo segundo del artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, en la que los contratos de tracto sucesivo pueden modificarse por el juez cuando en el transcurso de su cumplimiento surjan acontecimientos extraordinarios imprevisibles, de carácter nacional, que hagan onerosas las prestaciones para una de las partes. Esta causa es el motivo del presente trabajo.

Genéricamente, la cláusula en comentario es una excepción al principio *pacta sunt servanda*, y se da como solución a situaciones imprevisibles ante la excesiva onerosidad para una de las partes.

B. REQUISITOS DE LA IMPREVISIÓN

En general, podemos mencionar los siguientes requisitos:

- Que sean contratos aleatorios o de tracto sucesivo.
- Que los hechos imprevisibles alteren las circunstancias que existían al momento de la celebración del contrato.
 - Los acontecimientos deben ser ajenos a la voluntad de las partes.
 - Debe producirse una excesiva onerosidad para una de las partes.
 - Imposibilidad de cumplimiento de la prestación.
 - El perjudicado no debe encontrarse en mora.

C. CÓMO APLICA LA IMPREVISIÓN

Comúnmente, nos encontramos con dos formas de aplicación: mediante la legislación y por conducto del juez:

a. VÍA LEGISLATIVA.- El primer sistema surge cuando el legislador expide de manera urgente normas para la solución de los problemas derivados de hechos imprevisibles. En México, se han expedido decretos: el 24 de septiembre de 1943 se prorrogaron los contratos de arrendamiento para casa

habitación por el tiempo que durara la Segunda Guerra Mundial. “El 8 de febrero de 1946, el Congreso expidió un decreto que prorrogaba los contratos y congelaba las rentas a los talleres familiares y declaró de orden público e irrenunciables sus preceptos.”²⁶ Este modo lo podemos dividir en dos grupos:

- Formal: cuyo origen es el mismo órgano legislativo.
- Material: cuyo origen es el órgano administrativo.

b. VÍA JURISDICCIONAL.- Cuando se da la Imprevisión, y por ende la excesiva onerosidad, el afectado debe solicitar al juez, dentro de los siguientes 30 días al en que surgieron los acontecimientos extraordinarios, que revise y, en su caso, modifique el contrato. Por tanto, el juez está facultado para fijar el equilibrio de las prestaciones, con la finalidad de mantener el orden jurídico y proporcionar estabilidad al contrato, rescatando la intención que las partes tenían al momento de pactar. Para esto, el juzgador debe basarse en la *bona fides* (buena fe).

D. EFECTOS DE LA IMPREVISIÓN, AL HACERLA EFECTIVA

Al respecto, pueden señalarse tres consecuencias fundamentales:

a. Cuando la resolución del juez se emite con base en el principio de conservación del contrato, se afectan únicamente las prestaciones pendientes de ejecutarse, y no las ya efectuadas. En este caso, puede ocurrir lo siguiente:

1. El acreedor puede demandar la resolución del contrato para ver modificadas las prestaciones, hasta llegar al equilibrio; y si el deudor está de acuerdo, el juez sólo emitirá una sentencia declarativa.

2. El deudor debe demandar la resolución por excesiva onerosidad, para no incurrir en mora. Procede esta demanda, si concurren las circunstancias

²⁶ Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 197.

siguientes:

- Si la promueve el afectado,
- Debe ser únicamente para las prestaciones aún no ejecutadas.
- El deudor no debe encontrarse en mora.
- El demandado no puede pedir la rescisión del contrato, por incumplimiento.
- La excesiva onerosidad debe encontrarse dentro del área normal del contrato.
- La excesiva onerosidad debe producirse por un acontecimiento extraordinario.

3. La resolución por excesiva onerosidad produce los mismos efectos que la rescisión del contrato por incumplimiento, pero únicamente respecto de las prestaciones pendientes de ejecución.

4. La revisión tiene por objeto ajustar las prestaciones; obligar al deudor a cumplir con su obligación; y buscar la equidad en el contrato. Esta revisión puede tener varios resultados:

- Aumentar o disminuir el precio.
- Suspender el cumplimiento de la obligación.
- Otorgar nuevos plazos de cumplimiento.
- Señalar una indemnización para el perjudicado.

VIII. REBUS SIC STANTIBUS EN EL DERECHO COMPARADO. EL CASO ESPAÑOL

A. ALEMANIA. En su Código Civil de 1900, contempla la posibilidad de revisar los contratos por cambio de circunstancias.

B. SUIZA. Acepta la Teoría de la Imprevisión en el Código Federal de las Obligaciones (artículo 24).

C. FRANCIA. Una ley de emergencia, como la Ley Faillot de 1918, propuso la resolución de los contratos celebrados antes de la guerra.²⁷ Su objetivo fundamental: resolver situaciones insostenibles, dando libertad a los tribunales para ordenar la resolución de contratos generadores de condiciones ruinosas.²⁸

D. ITALIA. Mediante fallo de la Corte de Casación de Turín de 16 de agosto de 1916,²⁹ se introdujo la imposibilidad sobrevenida por circunstancias imprevistas en los contratos de tracto sucesivo. Fue el primer país en regular expresamente la Teoría de la Imprevisión.³⁰

E. AUSTRIA. El artículo 1447 de su Ley Civil considera la *excesiva exorbitancia de la prestación*.

F. POLONIA. La admite expresamente en el artículo 269 de su Código de las Obligaciones.

G. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. En su *Restatement of Contracts* se establece como causa de extinción de los contratos, las circunstancias imprevistas que vuelven el cumplimiento de la obligación *esencialmente diferente*.

H. CHINA. Únicamente hace referencia a la protección del deudor cuando sus obligaciones aumentan desproporcionadamente.

I. BRASIL. Sólo la doctrina y la jurisprudencia tratan sobre el tema, basándose en la equidad. Sin embargo, sí ha expedido leyes de emergencia para regular los alquileres, la mora y el reajuste económico.³¹

J. ARGENTINA. La admite expresamente en el artículo 1198 de

²⁷ Cfr. Dörr Zegers, Juan Carlos, Notas Acerca de la Teoría de la Imprevisión, Vol. II. file:///C:/Users/acer/Downloads/Dialnet-NotasAcercaDeLaTeoriaDeLaImprevisi on-2649494.pdf, consultado el 12 de febrero de 2015, 12:34 hrs.

²⁸ Carreras Maldonado, María, "Revisión del contrato por cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias", <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1022/6.pdf>, consultado el 26 de octubre de 2012.

²⁹ En pleno desarrollo de la Primera Guerra Mundial.

³⁰ *Vid*, El Código Civil Italiano en vigor, en sus artículos 1467 y 1468.

³¹ DörrZegers, Juan Carlos, Notas Acerca de la Teoría de la Imprevisión, *op. cit.*

su Código Civil.³²

K. PERÚ. Su Código Civil, en vigor, es una de las legislaciones más completas respecto de la Imprevisión³³, pues contempla:

- Ámbito de aplicación.
- Requisitos de procedencia.
- Facultades del juzgador.
- Prestaciones que afecta.
- Facultad del perjudicado para ejercitar la acción.
- Improcedencia de la acción por culpa o dolo.
- Nulidad de la renuncia al ejercicio de la acción.
- Plazo para ejercitar dicha acción.

L. EL CASO ESPAÑOL. El 30 de junio de 2014, la Sala Primera del Tribunal Supremo de España dictó una sentencia en la que no solamente se aplica la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino en la que, además, se reconfiguran su fundamento y requisitos de aplicación con el fin de normalizar dicha doctrina en el marco del derecho contractual español.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aplicó la cláusula *rebus sic stantibus* y ordenó modificar el contrato de arrendamiento de un edificio hotelero en Valencia, firmado por la cadena “Accor con Residencia Ademuz”, el 25 de febrero de 1999, con una duración de 25 años.

La sentencia consolidó la doctrina del Tribunal Supremo sobre el régimen de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite la revisión de un contrato cuando surgen circunstancias nuevas a las existentes en el momento de su firma y cuando las prestaciones de algunas de las partes son excesivamente gravosas, rompiendo el equilibrio económico del contrato.

³² Código Civil de la República Argentina en vigor, http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro2_secc3_titulo1.htm#capitulo1, consultado el 28 de septiembre de 2012.

³³ Código Civil del Perú, Libro VII *Fuentes de las Obligaciones*, Sección Primera *Contratos en general*, Título VIII *Excesiva onerosidad de la prestación*, artículos 1440-1446, <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>, consultado el 28 de septiembre de 2012.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo explica que el necesario ajuste de las instituciones a la realidad social ha producido en la actualidad un cambio progresivo de la concepción tradicional de la *rebus sic stantibus*, que tenía un marco de aplicación sumamente restrictivo.

La resolución, de la que ha sido ponente el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, afirma que ahora se tiende a una aplicación normalizada de dicha figura y se declara 'que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias'.

Así, el Tribunal Supremo determinó que la filial pagase un 29% menos del precio pactado en el contrato, y que el arrendador le devolviese el exceso del 29% que Accor había pagado en rentas desde la presentación de la demanda.³⁴

Como puede determinarse, todos los países que admiten la cláusula se fundamentan en los principios generales del derecho, específicamente en la moral, la buena fe, la equidad, el equilibrio en las contraprestaciones y el interés social.

Finalmente, merecido resulta exaltar el caso español, que sienta las bases de una corriente progresista-paradigmática, al considerar, en sus resoluciones, la revisión de contratos ante situaciones de crisis económica.

Por contraste, el máximo Tribunal mexicano persiste en una conservadora posición legalista de no aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* ante circunstancias semejantes, lo cual, además de no considerar la fuerza objetiva y sensible de una realidad incontestable, genera suspicacia e incertidumbre social.

IX. COROLARIO

Para evitar reiteraciones innecesarias, creemos prudente recomendar al

³⁴ www.poderjudicial.es, El Tribunal Supremo aplica la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite revisar un contrato cuando las circunstancias en el momento de la firma varían, en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/EI-TS-aplica-clausula--rebus-sic-stantibus---que-permite-revisar-un-contrato-cuando-las-circunstancias-en-el-momento-de-la-firma-varian>, consultado el 10 de febrero de 2015.

legislador hacer una amalgama entre las disposiciones jurídicas y económicas, para lograr un verdadero equilibrio en las prestaciones, siempre anteponiendo la equidad, pues como elemento fundamental del Estado, el órgano legislativo debe justificar su existencia creando las leyes necesarias para dar la justa solución a problemáticas sentidas y concretas.

Ésta es una materia poco estudiada en México, pero que cada día cobra mayor impacto. En este marco, importante será tomar en consideración el factor costo-beneficio en los contratos, así como los aspectos y enfoques patrimoniales, económicos, de política comercial y, en general, atraer otras disciplinas al derecho civil, como un medio de modernizar, aún más, la materia contractual.

X. FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO SERRANO, Arturo, *Reglas de aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, décima novena edición, Ed. Porrúa, México, DF, 2004.

CARRERAS MALDONADO, María, “Revisión del contrato por cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1022/6.pdf>.

DE AQUINO, Tomás, *Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia y Gobierno de los Príncipes*, novena edición, Ed. Porrúa, México, DF, 2008.

DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, Textos Universitarios, México, DF, 1965.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Diccionario Jurídico Mexicano*, décima segunda edición, Ed. Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, DF, 1998.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil II, Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, McGraw-Hill, Madrid, España, 1995.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús, “La cláusula *rebus sic stantibus* o Teoría de la Imprevisión”, *Cultura Jurídica, De los Seminarios de la Facultad de Derecho*, número 3, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho, México, DF, julio-septiembre, 2011.

NIETO CAROL, Ubaldo, *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Lex Nova, Valladolid, España, 2000.

TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Teoría de la Imprevisión*, Serie I, Estudios de Derecho, núm. 1, Universidad Cuauhtémoc-Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Puebla, México, 1998.

DICCIONARIOS

Compendio de términos de Derecho Civil, coautora: María Leoba Castañeda Rivas, coordinador: Mario Magallón Ibarra, Ed. Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 2001.

Diccionario Jurídico Mexicano, 4 tomos, décima segunda edición, Ed. Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, DF, 1998.

Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001.

Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, avance de la vigésima tercera edición, Madrid, España.

TRATADOS

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Código Civil del Perú.
Código Civil de la República Argentina.
Código Civil Italiano.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Código Civil del Estado de Aguascalientes.
Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza.
Código Civil del Estado de Jalisco.
Código Civil del Estado de México.
Código Civil del Estado de Yucatán.
Código Civil Federal.
Código Civil para el Distrito Federal.
Código Civil para el Estado de Guanajuato.
Código Civil para el Estado de Nayarit.
Código Civil para el Estado de Nuevo León.
Código Civil para el Estado de Sinaloa.
Código Civil para el Estado de Sonora.
Código Civil para el Estado de Tamaulipas.
Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.
Código Civil para el Estado libre y soberano de Morelos
Código Civil para el Estado libre y soberano de Tlaxcala

JURISPRUDENCIA

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, registro no. 181759, novena época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, México, abril de 2004, Tesis aislada.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, registro no. 186972, novena época, Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, México, mayo de 2002, Jurisprudencia.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VIII, registro no. 195622, novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, México, septiembre de 1998, Tesis aislada.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VIII, registro no. 195621, novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, México, septiembre de 1998, Tesis aislada.

GACETAS JURÍDICAS

Gaceta Oficial del Distrito Federal, 22 de enero de 2010.

FUENTES ELECTRÓNICAS

www.juridicas.unam.mx

www.campus.usal.es

www.spij.minjus.gob.pe

www.derechos.org

www.rae.es

www.poderjudicial.es

REFLEXIONES SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTADO PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO

José Alfredo Martín Montes de Oca Mercado*

Rafael Santacruz Lima**

Carlos A. Macedonio Hernández ***

Lucely M. Carballo Solís ****¹

SUMARIO: *I. Introducción; II. Control Social y Políticas Públicas; III. Políticas para la Seguridad Pública en México; IV. Prevención del Delito; V. Conclusiones; VI. Fuentes de información.*

RESUMEN: Aun cuando existen diversas opiniones y criterios para abordar el estudio de la Seguridad Pública en México, no basta detenernos en los espacios de la investigación para proponer estrategias, plantear reflexiones y sugerir alternativas de solución sobre la conquista del bienestar social anhelado por quienes deseamos de México, un país lleno de perspectivas de desarrollo y paz social. Por tanto, en este documento se expone la importancia del control social en las políticas públicas y su relación con el tema de la prevención del delito.

Palabras clave: Seguridad pública, control social, políticas públicas, prevención, Estado, delito, paz social, inseguridad, pena.

¹ Maestro en Derecho, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México e integrante del Cuerpo Académico denominado “Justicia Penal y Seguridad Pública”.

** Doctor en Derecho, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Coordinador del Cuerpo Académico denominado “Justicia Penal y Seguridad Pública”, exbecario de la Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

*** Doctor en Derecho, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Coordinador del Cuerpo Académico “Visión Multidisciplinaria y Tridimensional del Derecho”.

**** Maestra en Derecho Penal, profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán e integrante del Cuerpo Académico denominado “Visión Multidisciplinaria y Tridimensional del Derecho”.

ABSTRACT: Even when there are diverse opinions and criterions to address the study of Public Security in Mexico, it is not enough to stop at research spaces to propose strategies, raise reflections and suggest alternative solutions regarding the conquest of the desired social well being by the ones who wish for Mexico, a country full of development perspectives and social peace. Therefore, this document exposes the importance of social control in public politics and its relationship with the crime prevention topic.

Key words: Public security, social control, public policy, prevention, state, crime, social peace, insecurity, penalty.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad realizar un estudio sobre la importancia de la función del Estado encaminada a garantizar el respeto y derecho a la libertad, concebida ésta como: la libertad de pensar, de creer, de sentir, de vivir, es decir, circunstancias que comprenden la naturaleza del hombre. Eso y más, también es la razón de ser del Estado.

Este estudio es referente a la problemática de la inseguridad pública que vive México, considerando que es necesario explorar alternativas de solución para preservar la seguridad pública entre los habitantes de la nación, a partir de la implementación de políticas públicas tendientes a fortalecer un clima de armonía y paz social entre la población, y aun cuando surgen diversos criterios de autores, analistas y sociedad en general, en este trabajo se proponen aspectos elementales de la función del Estado como acciones inmediatas a emprender.

En este orden de ideas, cabe reflexionar sobre la importancia de la aplicación de programas de cultura de prevención de la violencia en la niñez mediante su divulgación en espacios de educación básica, de igual forma

la educación en valores dirigida a la población joven del país, mediante el fortalecimiento de la cultura de la legalidad en la sociedad mexicana, para generar consciencia del respeto a los derechos de los ciudadanos, y finalmente, el principio de oportunidades en el país atendiendo a los sectores marginados mediante la aplicación de programas de desarrollo social para lograr la justicia distributiva entre la población.

La tarea del Estado para satisfacer las necesidades de los gobernados, debe estar orientada a la solución de las principales problemáticas de la sociedad. Las políticas públicas representan la estrategia del gobierno para atender con urgencia la solución de aspectos prioritarios, para ello, resulta necesario atender los diagnósticos obtenidos mediante investigaciones, que son producto de hallazgos que tienen su origen en estudios realizados a partir de los principales fenómenos políticos, económicos y sociales en el contexto nacional e internacional. En este orden de ideas, surge la presente investigación como una aportación que propone políticas públicas prioritarias que ofrezcan alternativas de solución a las principales problemáticas de seguridad pública en México.

II. CONTROL SOCIAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS

El hombre es un ser social. Independientemente de la diversidad de posiciones orientadas a explicar y fundar esta verdad, lo cierto es, que desde todos los tiempos el hombre se ha manifestado como un ser eminentemente social. “No faltaba razón a Aristóteles cuando en sus consideraciones en torno al hombre lo entendía como el *zoon politikón* o ser político, lo que naturalmente implica su condición de ser social.”²

Estado liberal de derecho o Estado guardián en su carácter de depositario de todas las voluntades individuales se arroga

² Malo Camacho, Gustavo. “*Derecho Penal Mexicano*”. Cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 2001, p. 19.

el derecho a castigar, justificando esta facultad punitiva precisamente con la imposición de penas a todos los individuos que con sus actos delictivos se oponen al contrato social.”³ Es por eso, que en una sociedad se busca el orden y “*se manifiesta en todo grupo social una cierta forma de control que, por lo demás, es también indispensable para mantener el orden social dentro del grupo en que se manifiesta.*”⁴ Así pues, la conducta de los individuos que pertenecen a una sociedad manifiesta su conducta, la exteriorizan a los demás, y sirven para expresar actitudes con los demás así como establecer relaciones como bien lo expone Edgar Bodenheimer:⁵

“La conducta exterior de los miembros de la sociedad en sus relaciones mutuas es regulada por la cortesía. Se espera de todo miembro de la sociedad la observancia de ciertas costumbres sociales. Se han establecido patrones convencionales de conducta para ciertas clases y profesiones. Más importantes aún son las reglas y preceptos de moralidad que establecen una cierta jerarquía de valores condicionantes de la actitud y las acciones de los hombres respecto de sus semejantes. Finalmente, tenemos las reglas del Derecho que, desde el punto de vista de su importancia social, no tienen necesariamente que ser de mayor jerarquía que cualesquiera otras normas, pero cuyo cumplimiento está garantizado por la sociedad con mayor fuerza que el de las reglas pertenecientes a cualquier otros sistema normativo.”

Todos estos instrumentos de control social realizan la función de asegurar un progreso inteligente y ordenado de la vida social en palabras de

³ Ortíz Ortíz, Serafín. “*Los Fines de la Pena*”, Instituto de Capacitación PGR. México. 1993, p. 70.

⁴ Idem.

⁵ Bodenheimer, Edgar, “*Teoría del Derecho*”, Fondo de Cultura Económica. México, 1994, p. 94.

Eduardo Lozano Tovar cuando señala:

“La violación de cualquiera de estas varias reglas de conducta, comporta ciertas consecuencias desagradables para el infractor. En el caso de inobservancia de las normas de cortesía, las consecuencias pueden consistir en la reprobación, la crítica hostil o la interrupción de relaciones sociales.”⁶

Luego entonces, el control social se considera en dos vertientes: el institucionalizado y el difuso. Será institucionalizado o formal el control que aparece integrado e incorporado dentro de la estructura de un gobierno, en alguna de las diversas instituciones políticas, sociales, culturales, económicas, deportivas, educativas, o de cualesquiera otro tipo que la conforman, integradas dentro de la estructura del poder establecido⁷. Por otra parte, se denominará como control social difuso o informal, “A las diversas formas de control que existiendo y manifestándose en la sociedad, no aparecen directamente integradas como parte de la estructura gubernamental.”⁸

El sistema de control social institucionalizado puede aparecer con un discurso formalmente punitivo y en donde encontramos de manera más visible el sistema de la justicia penal, específicamente *“a través de las instituciones establecidas al efecto y que básicamente aparece conformada con la policía, el ministerio público, los tribunales, las instituciones penitenciarias y otras de ejecución.”*⁹ Para tener una mejor idea de cómo está conformado el control social explicado en los dos anteriores párrafos lo sintetizamos en el siguiente esquema:

⁶ Lozano Tovar, Eduardo. *“Política Criminológica Integral”*. Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, México, 2002, p. 39.

⁷ Malo Camacho, Gustavo, op. cit. 26.

⁸ *Ibidem* p. 22

⁹ *Ibidem* p. 23.

CONTROL SOCIAL	Institucionalizado	No punitivo
		<ul style="list-style-type: none"> · Escuela. · Universidades. · Instituciones sociales, políticas y culturales.
	Difuso	Punitivo
<ul style="list-style-type: none"> · Justicia Penal · · Policía. · Ministerio Público. · Tribunales. · Instituciones Penitenciarias. 		
		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Medios Masivos de Comunicación. ▪ Estructura Familiar. ▪ Rumores. ▪ Prejuicios.

*)Elaboración propia

Por lógica deductiva determinamos que el sistema penal forma parte del sistema de control social. Así pues, se tiene la necesidad de definir qué es

el sistema penal por lo que Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁰ lo define de la siguiente manera:

Llamamos Sistema Penal al control social punitivo institucionalizado que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar.

Por su parte Gustavo Malo Camacho¹¹ en su obra “Derecho Penal Mexicano” define al sistema penal como:

“...la parte del sistema del control social institucionalizado con discurso punitivo. Implica, en consecuencia, todo el conjunto de acciones y situaciones que van desde la creación misma de la ley penal y demás leyes relacionadas con la justicia penal (las leyes procesales, ejecutivas, orgánicas y las de responsabilidades de los funcionarios) como, asimismo, toda la secuela de acciones que transcurren desde que se tiene conocimiento de la comisión de un delito, hasta la fase en que el responsable cumple la pena impuesta, e incluso el momento posterior relacionado con las llamadas formas de pre liberación en la ejecución, de la condena condicional, de la libertad preparatoria y, también, las acciones relacionadas con la asistencia social del liberado”.

Con todo lo anterior, esbozamos de forma breve lo que constituye el control social. El control social institucionalizado requieren subprogramas de

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal”, 2ª reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994. P. 30.

¹¹ Ibídem p. 26.

política criminológica especializados, así como instituciones, cuerpo legales y operativos específicos; su dimensionamiento cualitativo y cuantitativo a través de la estadística criminal, no puede confundirse, so pena de generar distorsiones severas en la opinión pública y en los aparatos de gobierno, todo esto con el fin de no saturar las cárceles en México.

A partir de este argumento es posible resaltar la razón de ser de un órgano representativo de la sociedad, que implemente las medidas necesarias para salvaguardar el bienestar de la comunidad. Uno de los principales derechos que la autoridad pública debe garantizar al gobernado es el de la seguridad en la libertad. El derecho a la vida, a la integridad, a la propiedad, a la honra, a la expresión y manifestación de las ideas, al tránsito, al descanso, están estrechamente vinculadas con el derecho a la seguridad, tanto jurídica como pública.

Si el gobierno no garantiza a los habitantes la protección de todos sus derechos relativos, los ciudadanos acabarán por defenderse del gobierno. Inevitablemente, aparece también en la comunidad, la tentación de optar por un gobierno autoritario y represor, que sea capaz de garantizar la seguridad y la paz (así sea negativa) aun a costa de su libertad. Por el contrario, un gobierno capaz de entender su misión, como promotor y garante del bien común¹², se constituye en autoridad democrática que se reconoce obligada a vigilar sus acciones, más que los de los ciudadanos y a corregir su conducta más que pretender controlar la de los gobernados. Tomas Moro señala en su obra *Utopía*: *“Quien no puede corregir la conducta de los ciudadanos – si no suprimiéndoles las comodidades de la vida, debe confesar que no puede gobernar a hombres libres”*.¹³

¹² “Todo arte y toda investigación científica, lo mismo que toda acción y elección parecen tender a un bien y por ello definieron con toda pulcritud el bien los que dijeron ser aquello a que todas las cosas aspiran.” (Aristóteles, *Ética nicomáquica*, México, Porrúa, 1969, libro I, pág. 33). Sin embargo no es suficiente hablar de fines “finales”, en el sentido de fines que se persiguen por sí mismos. Para que nuestro desear tenga un sentido es imprescindible que todos nuestros fines converjan hacia un fin último que valore a los demás: a ese fin último lo denomina Aristóteles, Bien Supremo o Sumo Bien –y lo compara con el blanco al que deben apuntar los arqueros. (Aristóteles, *Ética nicomáquica*, México, Porrúa, 1969, libro I, pág. 3).

¹³ Citado por Abascal Carranza, Salvador. *Derechos Humanos, Seguridad y Justicia*. Los

En este contexto, la misión del gobierno encargado del bien común representa su tarea fundamental y prioritaria. De igual forma la figura jurídica del gobierno justifica su existencia democrática en tanto tenga la capacidad de aplicar políticas públicas que satisfagan dichos fines. Cabe resaltar la justificación de adecuadas políticas públicas que sean congruentes con las necesidades de bienestar que demanda la población en nuestro país.¹⁴

III. POLÍTICAS PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO

Las Políticas Públicas de Estado tendientes a fortalecer la Seguridad Pública, pueden ser diversas y existen criterios de autores, analistas y sociedad en general que sugieren soluciones a este problema que en los últimos años ha alterado el clima de justicia y paz en este país. Los esfuerzos del gobierno necesitan ser encaminados prioritariamente a lograr el equilibrio entre el recién creado sistema de justicia penal y la seguridad pública, para lograr salvaguardar los derechos fundamentales de los gobernados.

El problema que representa el fenómeno delictivo en México hace oportuno el esbozo de algunos lineamientos de política criminal, que de forma coincidente, tendrán que instaurar, implementar, reorientar, fortalecer y concretar, las nuevas esferas gubernamental y legislativa.¹⁵

Una cuestión primordial al momento de resolver un problema es precisamente definirlo, así pues el fenómeno delictivo ha crecido y la inseguridad pública se mantiene en niveles altos, sin embargo, al analizar la

Desafíos de la Seguridad Pública en México, México. 2002, p. 22.

¹⁴ Wilensky y Lebeaux (1958) definen el Bienestar Social “como aquellos programas, agencias, e instituciones organizados formalmente y patrocinados socialmente que funcionan para mantener o mejorar las condiciones económicas, la salud o la competencia interpersonal de algunas partes o de todas las de una población”.

El seminario taxonómico del Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología (1987) entiende el *Bienestar Social* como un valor social que expresa lo ideal, lo deseable, la forma en que las personas tienen de entender su naturaleza y las relaciones con los demás; también como un área de actividades, de aspectos prácticos y organizativos que tienen que ver con los agentes sociales, las instituciones u organizaciones formales y los programas, prestaciones y servicios que desarrollan.

¹⁵ Moreno Sánchez, Juan, La agenda nacional 2012-2018 en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal, Foro Jurídico, Octubre 2012, México, p. 63.

delincuencia, evaluar políticas y proponer alternativas de solución, el Estado debe ponderar aspectos sociales, culturales e ideológicos a fin de establecer los lineamientos de acción.

Esto significa que las políticas públicas necesariamente deben aplicar el principio democrático de Estado para proponer alternativas de solución a las problemáticas que aquí se plantean. Según Juan Moreno Sánchez, en materia de seguridad pública se pueden considerar las siguientes prioridades¹⁶:

Desarrollar medidas o estrategias de prevención del delito como primer punto de una política criminal que incida tanto en los ámbitos jurídico-penales, como de carácter no penal; particularmente para la prevención de aquellos delitos que se cometen en casa-habitación, instituciones educativas, oficinas, parques y centros deportivos, comercios y centros comerciales, bancos, vialidades, por citar solo algunos ejemplos.

Perfeccionar la coordinación operativa de las distintas policías que integran los cuerpos de seguridad pública en los tres niveles de gobierno, a través de la suscripción y modificación de los alcances de los convenios de colaboración en dicha materia. Eficientar el desempeño de los citados cuerpos de seguridad pública a través de la profesionalización y certificación de sus miembros en términos de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública y demás normatividad aplicable.¹⁷

Continuando en el mismo orden de ideas, dicho autor expone que en el tema referente a procuración de justicia son necesarias las siguientes acciones: Fortalecer la cultura de la denuncia para ir disminuyendo la enorme cifra negra a través de la cual, se ha generado un alarmante clima de impunidad.

Acrecentar los recursos humanos materiales y de sus áreas de atención a víctimas del delito (especialmente para niños, niñas, adolescentes y mujeres), en cumplimiento a instrumentos y recomendaciones de carácter nacional y, sobre todo, internacional en materia de Derechos Humanos. Perseguir los

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

hechos presuntamente constitutivos de delito mediante una mejor coordinación entre las instituciones de seguridad pública municipal, estatal y federal, y de procuración de justicia en los ámbitos local y federal. Agilizar el despacho de las actuaciones del Ministerio Público a través de la implementación de tecnología y sistemas de punta.

Fortalecer los convenios internacionales, nacionales y regionales con otras instituciones de procuración de justicia en materia penal para agilizar y eficientar la investigación y persecución de los delitos. Analizar la pertinencia de reformar la estructura y organización del Ministerio Público, ponderando el establecimiento de su autonomía del Poder Ejecutivo para consolidar su independencia técnica y operativa en el ejercicio de las funciones y atribuciones que le confiere la Constitución y la legislación secundaria.¹⁸

Consideramos que toda política de Estado, que tenga como objetivo salvaguardar la seguridad de sus ciudadanos, debe contar con alternativas que se encuentran fundamentalmente en aspectos elementales, como a continuación se describen:

- Implementación del Servicio Profesional de Carrera en los cuerpos de Policía.
- Aplicación de programas de Prevención de la Violencia en la niñez, mediante su divulgación en espacios de educación básica.
- Promover la educación en valores entre la población joven del país, mediante el fortalecimiento de la cultura de la legalidad en la sociedad mexicana, para generar consciencia del respeto a los derechos de los ciudadanos.
- Generar un principio de oportunidades en el país, atendiendo a los sectores marginados mediante la aplicación de programas de desarrollo social tendientes a lograr la justicia distributiva entre la población.

IV. PREVENCIÓN DEL DELITO

Las políticas públicas que se deben implementar en un Estado, necesitan

¹⁸ Idem.

crearse a partir de estrategias, planes y programas; para lograr un correcto funcionamiento. Es por ello, que es importante describir un modelo interesante extraído del sitio web de la Fundación Hazelden, el cual a continuación se describe: El reconocido centro de tratamientos contra adicciones Hazelden nos menciona que: “*Olweus*” es el programa de prevención de la violencia más investigado y conocido en la actualidad. Con más de treinta y cinco años de investigación e implementación exitosa en todo el mundo. Tanto los estudiantes como los adultos participan de este programa diseñado para alumnos de primaria y secundaria. En este programa, todos los estudiantes participan en la mayoría de las actividades, mientras que los alumnos identificados como intimidadores o aquellas víctimas de intimidación, reciben trato individualizado.

La exitosa implementación de este programa puede reducir el acoso escolar. Los resultados han incluido:

- Cincuenta por ciento o más reducciones en informes del estudiante de ser intimidado e intimidación a otros. Calificaciones por pares y profesor de la intimidación problemas que han producido resultados similares.
- Reducciones significativas en informes del estudiante de general comportamiento antisocial como acoso escolar, vandalismo, violencia escolar, peleas, robo y ausentismo.
- Mejoras significativas en el clima social del aula como se reflejan en los informes de los estudiantes de mayor orden y disciplina, relaciones sociales más positivas y actitudes más positivas hacia el trabajo escolar y escuela.¹⁹

A partir de los resultados obtenidos de la implementación de este programa en Noruega, el Dr. Dan Olweus lo expandió a otros países, cómo

¹⁹ Hazelden Foundation, *The World's Foremost Bullying Prevention Program*, 2014. Recuperado el 20 de 01 de 2015, de Violence Prevention works: <http://www.violencepreventionworks.org/public/index.page>.

en Estados Unidos, en donde se obtuvieron resultados positivos. Escuelas e instituciones de todo el mundo han implementado con éxito el Programa de Prevención Olweus Bullying. Estos estudios de casos de intimidación y acoso, testimonios y prevención ilustran cómo el programa puede:

- Reducir los programas existentes de intimidación entre estudiantes.
- Prevenir el desarrollo de nuevos problemas de acoso escolar.
- Lograr unas mejores relaciones entre pares en la escuela.
- Crear entornos de aprendizaje más seguros.²⁰

Existen entidades federativas interesadas en la aplicación de este programa, tal es el caso del Estado de México y el Estado de Coahuila, sin embargo, a la fecha sólo se aplica en una institución educativa del sector privado denominada “Colegio Americano de Torreón”. En el Estado de México el Gobernador Eruviel Ávila Camacho, el 19 de febrero de 2012, firmó un convenio de colaboración con el Programa Olweus de Prevención de Bullying”. No obstante que a pesar de que es un programa con resultados a largo plazo, no se ha dado una difusión en las escuelas de nivel básico.

Los espacios educativos y de formación profesional deben ser aprovechados por el Estado para fortalecer la percepción de la Seguridad Pública entre la comunidad, mediante el reforzamiento de valores en los programas educativos que actualmente se ofertan. En la etapa del México posrevolucionario se promovió la cultura del civismo y en los años siguientes se impartió la materia denominada “Civismo”, misma que a la fecha se instruye a los alumnos de sexto grado con el nombre de “Formación Cívica y Ética”, en los programas de educación Pública Federal, donde el resto de los grados es restringido de dichos conocimientos, sin embargo la simple denominación de civismo inculcaba los sentimientos de nacionalismo y respeto a la sociedad.

²⁰ Idem.

La grave crisis de deshumanización que actualmente vive nuestro país puede aminorarse a través de la educación en valores, considerando que el concepto de la familia se ha desvirtuado a consecuencia de problemáticas de índole económico, tecnológico y cultural. En estos tiempos las madres de familia tienen que participar en la obtención de ingresos económicos del hogar y asimismo desarrollarse profesionalmente, sin embargo este hecho ha producido la descomposición del tejido social, la pérdida de valores y por tanto inseguridad pública reflejada en delincuencia y crimen organizado. Es comprensible que existen muchos factores que vulneran la seguridad pública y la estabilidad de bienestar en México, tales como la pobreza, la marginación social, el desempleo entre otros, pero el tema de los valores en la formación académica debe considerarse como un instrumento de alivio social.

Cabe resaltar que el desconocimiento de los valores en la población no económicamente activa, producen su vulnerabilidad, dichos conocimientos se presupone son omitidos en alguna parte del proceso educativo ya sea por los propios padres de familia, por las instituciones educativas o bien por las deficiencias que presentan los programas educativos en la educación Media Superior, que a su vez tienen como consecuencia la falta total de criterio sobre los educandos y desafortunadamente sobre sus futuras familias.²¹

Es indispensable saber, que los valores son modos deseables y preferibles de conducta o estados finales de existencia. Los valores entran dentro del vasto y diverso universo del comportamiento selectivo y se convierten en puntos de referencia para el comportamiento humano. La educación debe ser un factor

²¹ La República Mexicana es considerada como un país joven, de acuerdo a los datos proporcionados por el INEGI en el 2013, censó una población total de 119,879,581 habitantes de los cuales 89.433,937 tienen 14 años o más, siendo la mayoría del país, por ello es importante atender las necesidades y factores de riesgo que afectan directa o indirectamente a este porcentaje, satisfaciendo los ámbitos académicos, culturales, económicos y sociales, cabe resaltar que solamente 52, 448, 710 son catalogados como población económicamente activa, de los cuales solo 49, 702, 475 se encuentra empleados. Mientras que cerca de 36, 985, 227 de los adolescentes y adultos jóvenes son considerados PNEA (Población no Económicamente Activa) individuos que ni estudian, ni trabajan por lo tanto su desarrollo e inserción al resto de la sociedad se encuentra limitado ya que la mayoría de ellos carecen de herramientas necesarias para desenvolverse, pues se encuentran ajenos a una vida en valores, es así como esta sección de la población se convierte en grupos vulnerables del crimen en México, son los primeros convocados a formar parte de la delincuencia organizada y de todos aquellos medios que perturban la paz social y el orden público.

importante para desarrollar una correcta política pública para la prevención del delito.

La educación, además de capacitar a los ciudadanos para el trabajo, ha de dirigirse sobre todo a la formación integral de la ciudadanía, para lo cual debe combinar el conocimiento y los valores humanos, morales y cívicos deseables que permitan consolidar y profundizar la democracia, la cohesión social, la equidad, la participación, la solidaridad y ofrecer mejores condiciones para vivir la vida humana.²²

El análisis descrito, sirve para darnos cuenta que las políticas públicas, deben servir para implementar estrategias tendientes, primero, a darle un carácter principal a las conductas desplegadas por sus ciudadanos, y en segundo lugar, crear una cultura de la prevención a través de la educación, que permita tener una convivencia social sana. Para lograr una vida en comunidad, para ello, es importante la prevención, y la educación es un elemento fundamental para la lograr dicho objetivo.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- A manera de conclusión, podemos explicar que la importancia de la función del Estado encaminada a garantizar el respeto y derecho a la libertad, concebida ésta como: la libertad de pensar, de creer, de sentir, de vivir, es decir, circunstancias que comprenden la naturaleza del hombre, son tareas y piezas fundamentales que debe tener el Estado.

SEGUNDA.- La problemática de la inseguridad pública que vive México, requiere de la implementación de políticas públicas tendientes a fortalecer un clima de armonía y paz social entre la población, y aun cuando surgen diversos criterios de autores, analistas y sociedad en general, en este artículo se proponen aspectos elementales de la función del Estado como acciones inmediatas a emprender, como forma de prevención, una de ellas la educación.

²² Zorrilla, Margarita, *Los valores del sistema educativo mexicano en los programas de estudio*, Sinéctica 13, México, 1998, p. 56.

TERCERA.- La importancia de la aplicación de programas de cultura de prevención de la violencia en la niñez mediante su divulgación en espacios de educación básica, de igual forma la educación en valores dirigida a la población joven del país, mediante el fortalecimiento de la cultura de la legalidad en la sociedad mexicana, para generar consciencia del respeto a los derechos de los ciudadanos, y finalmente, el principio de oportunidades en el país atendiendo a los sectores marginados mediante la aplicación de programas de desarrollo social para lograr la justicia distributiva entre la población.

CUARTA.- La tarea del Estado para satisfacer las necesidades de los gobernados, debe estar orientada a la solución de las principales problemáticas de la sociedad. Las políticas públicas representan la estrategia del gobierno para atender con urgencia la solución de aspectos prioritarios, para ello, resulta necesario atender los diagnósticos obtenidos mediante investigaciones, que son producto de hallazgos que tienen su origen en estudios realizados a partir de los principales fenómenos políticos, económicos y sociales en el contexto nacional e internacional. En este orden de ideas, surge la presente investigación como una aportación que propone políticas públicas prioritarias que ofrezcan alternativas de solución a las principales problemáticas de seguridad pública en México.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

BODENHEIMER, Edgar, “Teoría del Derecho”. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

MALO Camacho, Gustavo. “Derecho Penal Mexicano”, Cuarta edición Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 2001.

ORTÍZ Ortiz, Serafín. “Los Fines de la Pena”. 1ª edición. Instituto de

Capacitación PGR. México. 1993.

PARDO María del Carmen, El Servicio Civil de Carrera para un mejor desempeño de la Gestión Pública, Serie: Cultura de la rendición de cuentas, México, 2011.

PEÑA Razo, Francisco Javier, La seguridad humana para la reconstrucción del concepto de seguridad pública en México, Ed. Porrúa, México, DF, 2011.

PÉREZ Luño, Antonio Enriquez, Derechos humanos: estado de derecho y constitución, 10ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

RAMÍREZ Echeverri, Juan David, Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado de razón al Estado de Terror, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Colombia, 2010.

RODRÍGUEZ Peñaloza, Martín y Rodríguez Manzanares, Eduardo, Política Económica y Política Social, como una política pública para combatir la pobreza, Ed. Espacios Públicos, Volumen XII, No. 25, México, 2009.

RICO José M., “Medidas substitutivas de la pena de prisión”, Anuario del Instituto de Ciencias Penales y criminología, Venezuela, 1968.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal”. 2ª reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.

HEMEROGRÁFICAS

LIMA Paul, Pablo Alberto. “Evolución del derecho penal y del sistema de justicia penal en torno a la prevención delictiva”. Summa III Época.

Textos Jurídico – Políticos. “Prevención Delictiva”. CIJUREP, UAT. Tlaxcala, abril de 2003.

RAMOS García, José María, Seguridad ciudadana y la seguridad nacional en México: hacia un marco conceptual, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* [en línea] 2005, XLVII (mayo-agosto): [Fecha de consulta: 19 de junio de 2014] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42119403>> ISSN 0185-1918.

ZORRILLA, Margarita, “Los valores del sistema educativo mexicano en los programas de estudio”, *Sinéctica* 13, México, 1998.

MEDIOS ELECTRÓNICOS

Rapport, Evaluation of programs a mesures to reduce problem behavior and develop social competence, Oslo, 2002.

Recepción: 22 - 04 -2015 / Dictamen: 01- 05 -2015

LA NECESIDAD DE DEROGAR LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EXISTENTES EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL DE CONDUCTA OMISIVA

Abog. Carlos Jorge Escalante Palma¹

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Antecedentes del delito de Defraudación Fiscal y sus equiparables*; III. *La penalidad en los delitos de Defraudación Fiscal de conducta omisiva*; IV. *La Defraudación Fiscal y su calificación como delito grave*; V. *Las Penas privativas de libertad en los delitos de defraudación fiscal y los principios penales*. VI. *Las penas privativas de libertad en los delitos de Defraudación Fiscal y la política criminal*; VII. *Las penas privativas de libertad en los delitos de Defraudación Fiscal y los derechos humanos*; VIII. *El terrorismo fiscal y sus repercusiones jurídicas y sociales. El caso español*; IX. *Análisis comparativo de los efectos de derogar las penas privativas de libertad en los delitos de Defraudación Fiscal de conducta omisiva*; X. *Hacia un estado tutelar de derecho la Defraudación Fiscal y su calificación como delito grave*; XI. *Conclusiones*; XII. *Fuentes de información*.

I. INTRODUCCIÓN

En todas las sociedades alrededor del mundo, siempre ha existido el descontento por el pago de los impuestos y nunca las masas se han puesto de acuerdo tan organizada y decididamente para reclamar, como cuando se elevan los gravámenes.

En México, el sistema impositivo dispone que el contribuyente sea quien autodetermine sus impuestos, esto es, que sea él mismo quien los calcule y los entere al ente Estatal (artículo 6 del Código Fiscal de la Federación).

Sin embargo, en esta aparente libertad otorgada por el Estado se oculta la gran obligación fiscal, la de calcular debidamente y enterarlos al fisco en los plazos establecidos, y a su vez surge una gran interrogante: ¿realiza el contribuyente adecuadamente los cálculos y enteros de impuestos? Y más que

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Postulante a Maestro en Impuestos por el Instituto de Enseñanza Tributaria, actualmente litigante y activista del área fiscal y administrativa.

responder a esta pregunta, habría que atender a los medios con los cuales el Estado intenta regular esta cuestión; dichos medios se basan principalmente en la aplicación de sanciones por no cumplir con las obligaciones fiscales y como consecuencia de la evolución de estas sanciones surgen los ilícitos denominados defraudación fiscal (artículo 108 C.F.F.) y sus equiparables (109 C.F.F.), siendo que las sanciones por dichos delitos resulta ser la pena privativa de libertad, misma que dependiendo del monto de lo defraudado o no enterado al fisco va de los 3 a los 9 años de prisión.

Estas conductas determinadas delitos por el legislativo son las siguientes:

“Artículo 108.- Comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omite total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal” (DEFRAUDACIÓN FISCAL).

“Artículo 109.- Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:

II. Omite enterar a las autoridades fiscales, dentro del plazo que la ley establezca, las cantidades que por concepto de contribuciones hubiere retenido o recaudado” (DEFRAUDACIÓN FISCAL EQUIPARADA).

Ahora bien, tal como se puede apreciar el ilícito tipificado en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación, se configura por la simple omisión del entero de contribuciones, sin establecerse como parte de la conducta tipificada el ánimo doloso de la conducta.

Derivado de lo anterior, el delito de defraudación fiscal equiparada, puede cometerse por un simple error o falta de pericia en el actuar del contribuyente, por el llamado error de dedo en el pago de contribuciones, por un descuido en las fechas agendadas para el pago o por una posible y notoria imposibilidad de pago como al caso sería que se tuvieran embargadas las cuentas bancarias del contribuyente.

Lo anterior, sin la intencionalidad de causar un perjuicio o con el ánimo de defraudar al erario federal, trayendo como consecuencia la posible comisión de delitos fiscales, dando cabida a la comisión del delito de defraudación fiscal

equiparada contenido en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación de manera culposa.

II. ANTECEDENTES DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL Y SUS EQUIPARABLES

El delito de defraudación fiscal apareció por primera vez como tal en el orden normativo Mexicano, en el año de mil novecientos cuarenta y siete, con la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la “Ley de Defraudación Impositiva en Materia Federal”, cuyo fin era velar por los derechos tributarios del Estado y reprimir las conductas fraudulentas, esta resulta ser la primera ley fiscal penal mexicana. En dicha ley se aplicaba una sanción de tres meses a dos años de prisión cuando el monto de lo defraudado no superara los cincuenta mil pesos y una sanción de dos a nueve años de prisión cuando el monto defraudado fuera mayor a esa cantidad.²

Posteriormente los delitos de defraudación fiscal, son trasladados y penados por el Código Fiscal de la Federación. Siendo que el Código Fiscal del año de mil novecientos sesenta y siete, retoma el delito de defraudación fiscal e impone que por dicha conducta ilícita correspondiera una pena de tres meses a seis años de prisión, cuando el monto de lo defraudado no exceda de doscientos cincuenta mil pesos y de dos a nueve años cuando supere dicha cantidad.

Después de este ordenamiento legal, el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, se publica en el Diario Oficial de la Federación, el Código Fiscal de la Federación que hasta hoy sigue vigente, y en su exposición de motivos se aprecia que el entonces nuevo Código venía a plasmar un orden de confianza entre el Fisco y el contribuyente y que dicha confianza se reflejaba en el cumplimiento voluntario de las normas fiscales bajo la vigilancia del fisco; reduciendo las normas punitivas y limitándolas a corregir la evasión fiscal. Que en materia de delitos se proponía proteger al fisco a través de criterios que se adecuaban a las exigencias de su época, simplificándose la estructura legal de los delitos mediante su reducción, así como también se simplificaban las conductas típicas eliminando el casuismo y reduciendo las sanciones de

² Millán González, Arturo, *La Defraudación Fiscal y sus consecuencias penales*, Ed. Sista, México 1991, P. 124

acuerdo al daño o perjuicio causados.³

Con este espíritu se publica el entonces nuevo Código Fiscal de la Federación de mil novecientos ochenta y uno, cabe mencionar que en ese orden normativo, ya existían los delitos de defraudación fiscal, en específico el contenido en el artículo 108, y sobre el artículo 109 sólo existían tres conductas ilícitas siendo que de las ya estudiadas la contenida en la fracción II de dicho dispositivo legal y las sanciones aplicables a dichos ilícitos fluctuaban de tres meses a seis años si el monto de lo defraudado no excedía de quinientos mil pesos y de tres a nueve años de prisión si sobrepasaba dicho monto.

Muy contrario al espíritu con el que fue legislado y creado el entonces nuevo Código Fiscal de la Federación, en la actualidad las conductas tipificadas como delitos fiscales han aumentado (sólo en el caso del artículo 109 se incrementó de tres a ocho supuestos de ilícitos fiscales), y las sanciones por los delitos de defraudación fiscal se elevaron notablemente con una pena de prisión de tres meses a dos años, cuando el monto de lo defraudado no exceda de un millón doscientos veintiún mil novecientos cincuenta pesos; con prisión de dos años a cinco años cuando el monto de lo defraudado exceda de un millón doscientos veintiún mil novecientos cincuenta pesos pero no de un millón ochocientos treinta y dos mil novecientos veinte pesos y con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de un millón ochocientos treinta y dos mil novecientos veinte pesos.

El Estado Mexicano en vez de continuar con la política fiscal de simplificación, confianza en el contribuyente y reducción de ilícitos y sanciones incrementó considerablemente las conductas ilícitas, aumentando las penas y clasificando como graves muchas de estas conductas consideradas de “defraudación fiscal”; y muy a pesar de todo ello el fenómeno de la evasión fiscal no muestra señales de decremento.

Muy acorde con lo anterior y respecto a esta política represiva, el maestro Emilio Margáin Monautou, señaló en su libro de “nociones de política fiscal” que “por lo que toca a las penas privativas de libertad, si pretendiera imponerse a todos los que son merecedores de ella, entonces todo el país tendría que convertirse en prisión, o bien, de pretender meter a la cárcel a todos

³ Código Fiscal de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el jueves 31 de diciembre de 1981. Recuperado de: <http://www2.scjn.gob.mx/Leyes/ArchivosLeyes/00445001.doc>

los defraudadores, entonces quién pagaría los impuestos para construirlos.”⁴

III. LA PENALIDAD EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL DE CONDUCTA OMISIVA

La palabra pena proviene de la locución latina *poena* que equivale a “sufrimiento” y expresa ese sentir de venganza de una persona física, moral o de derecho público, por el daño que se le ha causado, en este sentido se crea el concepto de punibilidad que es definido como la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y el ataque a éste.⁵ En otras palabras la punibilidad es la descripción general y abstracta de la sanción merecida por el ilícito cometido, se dice que el legislador para determinar esta, debe buscar la concordancia entre el bien jurídico tutelado y al interés que busca dicha prohibición.

La penalidad en los delitos de defraudación fiscal y sus equiparables de conducta omisiva (contenidos en los artículos 108 y 109 fracción II del Código Fiscal Federal) están establecidas y determinadas en el artículo 108 del Código Fiscal Federal, en él se hallan las penas procedentes a los delitos de defraudación fiscal y sus equiparables y dicho dispositivo impone lo siguiente: *“El delito de defraudación fiscal se sancionará con las penas siguientes:*

I. *Con prisión de tres meses a dos años, cuando el monto de lo defraudado no exceda de \$1, 221,950.00.*

II. *Con prisión de dos años a cinco años cuando el monto de lo defraudado exceda de \$1,221,950.00 pero no de \$1,832,920.00.*

III. *Con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de \$1, 832,920.00.”*

Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defraudó, la pena será de tres meses a seis años de prisión.”

Tal como puede apreciarse, por ser delitos de índole patrimonial, las sanciones impuestas a dichas conductas se regulan de acuerdo al monto de lo

⁴ Margáin Monautou, Emilio, *Nociones de Política Fiscal*, Ed. Porrúa, México, 1998, P. 208

⁵ Ramírez Delgado, Juan Manuel, *Penología*, Ed. Porrúa, México, 2002, P. 14.

defraudado, tanto el artículo 108 (defraudación fiscal genérica) como el 109 en su fracción II (equiparable de defraudación fiscal), se regirán por las sanciones expuestas en este dispositivo legal.

Nuevamente la misma sanción es establecida tanto para delitos dolosos como el establecido en el artículo 108 del C.F.F., como para delitos que admiten conductas culposas establecidos en el artículo 109 fracción II, todos del C.F.F.; sin hacer una distinción o mínimo una reducción de sanción por la falta de intencionalidad o la ausencia del ánimo de defraudar o causar perjuicio. Sino que se aprecia que el único parámetro seguido por la normatividad para aumentar o disminuir la pena es el monto de lo defraudado, sin que al efecto los artículos 60, 61 y 62 del Código Penal Federal establezcan alguna reducción de las sanciones por la comisión de los ilícitos antes expuestos de manera culposa, lo cual deja observar la que la misma sanción se establece por las conductas ilícitas contempladas en ambos dispositivos legales.

A su vez inmediatamente después de la fracción tercera se establece que cuando no pueda determinarse el monto de lo defraudado la pena será de tres meses a un año, cuestión que deja al arbitrio de la autoridad la manera de determinar la sanción, ya que si no se puede determinar lo defraudado ¿cuáles serán los medios en los que se basará el juzgador para determinar la sanción aplicable?

Es importante señalar que el mismo artículo 108 establece diversos supuestos por los cuales los delitos de defraudación fiscal y sus equiparables podrán ser considerados como calificados, señalando entre otros supuestos el hecho de usar o manifestar datos falsos y omitir contribuciones retenidas o recaudadas, entre otros y señala que cuando este delito sea calificado la pena que corresponda se aumentará en una mitad, correspondiendo por tanto hasta una pena máxima de doce años y medio de prisión.

A todo lo anterior se suma el hecho de que el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, en su fracción VI inciso 2 establece que los delitos de defraudación y sus equiparables contenidos en los artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación serán calificados como graves cuando el monto de lo defraudado quede comprendido dentro de lo dispuesto en las fracciones II y III del 108 del mismo ordenamiento legal (excediendo la cantidad de un millón doscientos veintiún mil novecientos cincuenta pesos) y cuando suceda esto el indiciado no tendrá derecho al beneficio de la libertad bajo caución.

La penalidad en los delitos de defraudación fiscal y sus equiparables, resulta ser bastante severa, estas penas tan elevadas no son congruentes con los principios liberales con los que fue creada la Constitución Mexicana, debido a que los ilícitos en cuestión resultan ser de tinte patrimonial, mismos que se subsanan con el pago por parte del contribuyente de las contribuciones omitidas (aunado al hecho de que en muchos casos pueden cometerse por simple culpa), lo cual del análisis de las penas y clasificación de los delitos con respecto al daño causado, se exhibe un exceso en las mismas, incluso en el supuesto de que el beneficio señalado en el artículo 60 del Código Penal Federal (que establece la reducción de las penas cuando se cometan delitos culposos) incluya al ilícito sujeto a estudio, las penas que se han impuesto para esta conducta resultan ser exacerbadas, al privar de la libertad a un contribuyente por un simple adeudo con el fisco, que muchas veces no estuvo en condiciones de saldar.

A juicio del maestro Arrijo Vizcaíno, las penalidades en dichos delitos, es exacerbada, debido a la índole patrimonial del ilícito y porque implica una contribución omitida que puede subsanarse y no implica una violación que afecte los valores fundamentales de la sociedad. Además que su regulación viola el principio liberal de que todo acusado debe presumirse inocente mientras se demuestre lo contrario.⁶

IV. LA DEFRAUDACIÓN FISCAL Y SU CALIFICACIÓN COMO DELITO GRAVE

“Cuanto menos dolorosas y terribles sean las penas, más morales son, pues el sufrimiento corporal intenso disminuye el sentimiento de vergüenza en quien lo padece y de reprobación a quienes lo presencian. Por esto, la pena más elevada ha de ser siempre la más suave posible en cada circunstancia”⁷

Wilhelm Von Humboldt

El “terrorismo fiscal” son todos los medios que tenga a su disposición el Fisco y que por tanto aplique, con el fin de infundir temor a los contribuyentes sobre las repercusiones de no cumplir con sus obligaciones fiscales y provocar en ellos una sensación persecutoria.

⁶ Arrijo Vizcaíno, Adolfo, *Derecho Fiscal*, 20ª ed., Ed. Themis, México, 2009, Pp. 490 y 502

⁷ Von Humboldt, Wilhelm, *Los límites de la acción del Estado*, Ed. Técnos, España, 2002, P. 151

Una de las medidas tomadas por el Estado para crear o infundir temor en el contribuyente sobre el incumplimiento de sus obligaciones fiscales fue el hecho de incluir en el listado de delitos considerados como graves a la defraudación fiscal y sus equiparables.

A partir del año mil novecientos noventa y nueve, con la entrada en vigor de las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, los ilícitos contenidos en los artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación fueron consideradas como graves, quitándoles el beneficio de la libertad provisional bajo caución a los indiciados por dichos ilícitos, esto por reforma publicada el diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, por medio de la cual se modificó el artículo 194 fracción IV del citado Código Procedimental Penal.⁸

Dicho dispositivo legal refuta como graves a los delitos de defraudación fiscal y sus equiparables contenidos en los artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación cuando el monto de lo defraudado quede comprendido dentro de lo dispuesto en las fracciones II y III del 108 del mismo ordenamiento legal.

Sométase a consideración, el impacto psicológico y represivo causado por estas disposiciones, ya que en el caso del artículo 109 fracción II del Código Fiscal, el contribuyente puede incurrir en dichas conductas delictuosas por simples errores, imprudencia, falta de pericia o por verse imposibilitado a ello, lo anterior de una manera culposa sin el ánimo doloso de causar un perjuicio al Fisco.

Ahora bien, esta situación, más que terrorismo fiscal resulta causar una grave inseguridad jurídica reflejada en el actuar del contribuyente, ya que la ausencia de una cultura y educación fiscal, sumado a ello la inadecuada difusión y concientización de las obligaciones fiscales (junto con la complejidad y cantidad de leyes fiscales), tienen como consecuencia que este “terrorismo fiscal” abra las puertas a una latente falta de certidumbre en cientos de contribuyentes, cuyas acciones pueden verse encuadradas en estos ilícitos calificados y graves, y que tienen como consecuencia la privación del derecho a la libertad provisional bajo caución que se traduce en un encarcelamiento desde el inicio del procedimiento penal instaurado en su contra, demostrando el Estado la severidad con la cual sanciona este ilícito.

⁸ Sánchez Vega, Alejandro, *La Defraudación Fiscal y sus equiparables como delitos graves*, 2ª ed., Ed. Sista, México, 2005. P. 111

V. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL Y LOS PRINCIPIOS PENALES

Con la locución latina *nullum crime sine lege*, contemplado por el derecho constitucional de legalidad del artículo 14 constitucional que busca, garantizar la legalidad y exacta aplicación del derecho penal, en una estricta aplicación del Derecho,⁹ dejando atrás las ambigüedades de la norma y posibles interpretaciones que se alejen del sentido que el legislador quiso dar al ilícito y su pena, de ahí el derecho constitucional que prohíbe la aplicación de penas por analogía o similitud de razón.

Bajo este principio de legalidad y aplicación estricta de la ley penal, los delitos de defraudación fiscal vinieron a consagrar un marco sustantivo que se aplica de manera cabal al contribuyente, cuya interpretación y aplicación es a la letra de la ley, bajo esta tesitura, el tipo penal plasmado en dichos ilícitos configura un tema de importante estudio, ya que como se ha mencionado en capítulos anteriores, la interpretación y aplicación de estos dispositivos se realiza a la letra de la ley, en este sentido, la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal Federal, al no contemplar expresamente en sus supuestos “el ánimo doloso” en la conducta sancionada, permiten que culposamente el contribuyente vea encuadrada su conducta en dichos ilícitos, ahora bien, las omisiones penadas por dichos dispositivos legales, vienen a confirmar que las conductas tipificadas en el artículo en comento pueden sancionar conductas plenamente culposas, máxime cuando puede observarse que las mismas conductas pueden ser contenidas en la generalidad del supuesto que contempla el artículo 108 del mismo ordenamiento legal en cita, cuando el ánimo en su comisión sea estrictamente doloso.

Lo anterior sirve de corolario, para realizar un breve análisis de dos principios penales que se contraponen a las penas existentes para el delito de defraudación fiscal de conducta omisiva que se estudia.

El primero de ellos, el principio penal de *non bis in idem*, por su parte la Doctora y Ex-Magistrada de la Sala Superior del Tribunal Fiscal, Margarita Lomelí Cerezo, menciona en su libro “Derecho fiscal represivo”, que las sanciones establecidas en los delitos de defraudación y sus equiparables establecidos en los artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación

⁹ González de la Vega, René, *Política criminológica mexicana*, Ed. Porrúa, México, 1993. P. 210.

atentan contra este principio penal, ya que dichas conductas son sancionadas tanto en materia administrativa por el ejecutivo con multas pecuniarias, como en materia penal por la autoridad judicial con penas privativas de libertad y se pregunta ¿si estas conductas están siendo juzgadas doblemente por el poder ejecutivo y por el poder judicial? y peor aún ¿si están siendo doblemente sancionadas?

El principio de *non bis in idem*, igualmente contenido en la Constitución Nacional, establece que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”, en otras palabras que a nadie se le puede juzgar y por tanto penar dos veces por la misma conducta antisocial, antijurídica, típica y culpable. En efecto las conductas penadas como delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva son sancionadas tanto con penas privativas de libertad por los artículos 108 y 109 del Código Fiscal Federal, como con multas y sanciones pecuniarias por los artículos 77, 78 y 81 del mismo ordenamiento legal, que imponen sanciones por omitir el pago de contribuciones o no presentar las declaraciones correspondientes generando omisiones en el entero o pago de contribuciones.

El principio penal *non bis in idem*, guarda un espíritu protector hacia el gobernado, “el derecho a no ser juzgado ni sancionado interminable número de veces por una misma conducta ilícita”, lo que limita el poder arbitrario e irracional que antiguamente tuvieron muchos Estados. Ahora bien ¿con esta doble sanción (penal y administrativa) hacia la misma conducta se está contraviniendo el antiguo y aún vigente principio penal *non bis in idem*?, en principio todo indica que sí.

Corresponde analizar otro de los principios penales, de más relevancia en la época liberal y bajo la cual fue construida la Constitución Nacional. El espíritu liberalista forjó una concepción innovadora del derecho, una de esas concepciones resultó ser el principio de “intervención mínima en materia penal”, conforme a este principio el Estado sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes dejando a las otras ramas del Derecho las restantes perturbaciones al orden jurídico.

El principio de intervención mínima ha venido aplicándose plenamente por el Estado mexicano, muestra de ello es la incorporación a la Carta Magna de los medios alternativos de solución de conflictos por medio de la mediación y conciliación, con esto el Estado trata de dejar la acción penal para verdaderas vulneraciones a los intereses jurídicos fundamentales más importantes.

Dicho principio, establece que las penas más severas deben estipularse

para los delitos que atenten más severamente los bienes jurídicos fundamentales y dejarse a otras ramas del derecho las sanciones a las conductas que no ponen en peligro los bienes jurídicos fundamentales y constituyen una mera violación de forma o que pueden llegar a cometerse por errores o descuido.

El legislador al sancionar con penas privativas de libertad los delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva, en específico la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal Federal, comete una franca violación a este principio, ya que el gobernado puede incurrir en estas conductas por errores, falta de pericia o descuido, siendo que el tipo penal contenido en ellos, no contempla expresamente el elemento doloso para la configuración del ilícito, en tal virtud, se llega a sancionar una conducta culposa con una pena tan severa como lo es la pena privativa de libertad y peor aún, en algunos casos se le otorga la categoría de delito grave a dicha conducta, negándole el derecho a la libertad bajo caución al indiciado, comparando dicha conducta omisiva culposa con los delitos más peligrosos como genocidio, secuestro, homicidio calificado etc. Tal como lo hace el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Al respecto el maestro Jesús Zamora Pierce, estima que los tipos penales contenidos en los delitos omisivos de defraudación fiscal, ignoran el principio de intervención mínima pues sancionan penalmente conductas que no dañan ni ponen en grave peligro el patrimonio del fisco y que el Estado para sancionar dichas conductas tiene a su disposición acciones y sanciones administrativas que bastan para proteger los intereses fiscales y sancionar al contribuyente. Sin tener que recurrir al derecho penal.¹⁰

Las conductas tipificadas en los ilícitos de defraudación fiscal de conducta omisiva, no cumplen con el postulado de “intervención mínima”, ya que el Estado sanciona severamente esta conducta que pueden llegar a causarse de manera culposa; siendo que la misma conducta ocasionada con el ánimo de causar un perjuicio, por medio de engaños o maquinaciones se contempla y tipifica en el diverso 108 del Código Fiscal de la Federación. En este sentido las sanciones que deberían aplicárseles a estos ilícitos (109 fracción II C.F.F.) serían las administrativas consistentes en multas pecuniarias.

Tal vez como versa el antiguo proverbio que “no es conveniente sacrificar a la vaca cuando todavía puede dar leche”, esto resultaría lo más aplicable al caso concreto, no hay que encarcelar o privar de la libertad a un

¹⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx>

contribuyente que por error o descuido incumplió sus obligaciones generando un adeudo, muy contrario a lo anterior, éste todavía puede pagar, tiene bienes, además con un buen escarmiento (multa pecuniaria), es seguro que cuidará con mera dedicación sus obligaciones, buscando no incurrir otra vez en la conducta sancionada.

VI. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

“Sustituyendo la represión con la prevención, solamente así puede lograrse el camino hacia una democracia segura”¹¹

Christian Jager

La política criminal, puede definirse como las formas o medios a poner en práctica por el Estado para una eficaz lucha contra el delito, y el Estado Mexicano desde el año de mil novecientos treinta y uno ha implementado una política criminal bajo el principio de la mínima intervención, determinando que la actividad antisocial proviene de innumerables causas, pero todas de índole social, económica o cultural y que para su tratamiento relega al último lugar la represión dándole privilegio a las tareas de prevención.¹²

Asimismo, la visión de la nueva reforma del Estado y la tendencia de las políticas públicas en materia de criminalidad, revelan que el Estado Mexicano seguirá firme en esta línea, respetando el principio de mínima intervención y el principio de legalidad, evitando la represión y alentando y apostándole a la prevención del delito.¹³

Tal pareciera que el Estado Mexicano vela por la prevención y evita la represión, y que como establece el principio de mínima intervención, busca sancionar con las penas más severas a los delitos que afectan en mayor medida los bienes jurídicos fundamentales y delega a otras materias las sanciones a las conductas menos graves.

No obstante lo anterior, cuando se encuentra inserta en la legislación

¹¹ Díaz Aranda, Enrique, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002. P. 86

¹² González de la Vega, René, op. cit. P. 1

¹³ González de la Vega, René, *Políticas Públicas en Materia de Criminalidad*, Ed. Porrúa, México, 2005, Pp. 52 y 53

fiscal, penas privativas de libertad por delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva que pueden cometerse culposamente, como al caso resulta ser la contenida en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación, que implica un incumplimiento de obligaciones fiscales originando un adeudo culposo con el fisco, se entiende que el Estado, no cumple con esta medida de política criminal, al aplicar penas muy severas a un delito que puede cometerse culposamente y en la cual puede incurrir el contribuyente por error, descuido o imposibilidad material. Máxime que el mismo legislador es quien le otorga la categoría de delito grave, negando la libertad provisional bajo caución a quien cometa dicho ilícito.

El ilícito contenido en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación, configura en esencia un adeudo con el fisco, el cual puede ser resarcido pagando la cantidad debida, y se preguntará ¿si acaso esta conducta culposa merece una pena tan severa? o mejor aún ¿si esta pena tan severa de privación de la libertad en los delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva culposa, respeta el principio de intervención mínima?

La respuesta a la luz de la lógica, es que no, inclusive el maestro Arrijo Vizcaino, señala que estas penas son desmedidas, su sanción no va de acuerdo a la afectación o daño causado y peor aún, no tiene una lógica económica ya que es preferible después de un conveniente escarmiento, dejar a un contribuyente libre, produciendo y con mejores deseos de cumplir, ahora sí, correctamente con sus obligaciones fiscales, que mantener preso, improductivo y lógicamente resentido con la autoridad fiscal, a un ciudadano que, entre otras condiciones, seguirá siendo económicamente activo.¹⁴

Tal es el caso que en estos delitos, parece que el Estado pretende aplicar una penalidad bastante exacerbada, contraviniendo lo aplicado en su política criminal y en vez de prevenir el delito, implementando programas de cultura y educación fiscal y concientizando a la población de sus obligaciones fiscales, se limita a aumentar sus facultades de comprobación e incrementar los ilícitos fiscales y sus penas; pareciera que la intención es penar o acrecentar el terrorismo fiscal y no buscar la mejor manera de que todos cumplan con sus obligaciones fiscales y por tanto, paguen sus impuestos.

La política criminal es una tendencia y por tanto cambia conforme a las teorías modernas o a estudios y resultados; en un principio, como menciona Claus Roxin, las penas privativas de libertad, garantizaron el abandono de la

¹⁴ Arrijo Vizcaino, Adolfo, op. cit. P. 486

tortura, amputaciones y crueles castigos pasados, pero hay que preguntarse ¿si en la actualidad estas penas privativas de libertad, nuevamente están cumpliendo su función social? Ninguna política criminal por más perfecta que sea, ha logrado eliminar o marginar el fenómeno criminal.

Algunos estudios muestran que incluso las penas más severas, como la pena de muerte, no logran causar una intimidación real en la colectividad y menor temor se infunde entre más baja sea la cuota por delitos así sancionados en determinado país; pues donde se trata de excesos crece la disposición a comprar su libertad. La tendencia debería orientarse hacia la imposición de multas pecuniarias y menos hacia la imposición de penas privativas de libertad.¹⁵

Las penas privativas de libertad, afirma Roxín, son inevitables para delitos capitales y para los reincidentes, pero constituyen un verdadero problema para los que cometen conductas menos severas, a estos debe sancionarse con multas o terapias sociales (en el caso de delitos fiscales podría tratarse de clases de educación fiscal), ya que no logran su fin y cuestan al Estado, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito, en esta se encuentra el camino de reducción de la criminalidad.¹⁶

Esta afirmación de Claus Roxín viene a soportar la tesis de que las penas privativas de libertad deben considerarse para los delitos más graves que atenten contra los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y dejar las multas y sanciones pecuniarias para las conductas menos severas y apostarle a la prevención. Lo cual viene a apoyar el postulado de que las penas privativas de libertad en los delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva culposa resultan ser exageradas de acuerdo al daño o peligro que causan.

Para terminar es importante mencionar que un postulado importante de la política criminal, son los fines buscados con la penas, en esencia, las penas privativas de libertad buscan según la Constitución Nacional, la readaptación y reintegración social del delincuente, y nuevamente, surge la pregunta de ¿qué clase de readaptación o reintegración social requiere una persona a la cual se le priva de libertad por un delito omisivo culposo equiparable a un adeudo?; la respuesta es que no tendría porque readaptarse socialmente a este individuo, sino simplemente apercibirlo del error que cometió, la imposición de alguna multa proporcional al monto de pago omitido y sentar base para una sanción

¹⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, Pp. 78 y 85

¹⁶ Idem. Pp. 94 y 95.

más severa en caso de reincidencia. El hecho de recluir a un individuo por un delito culposo como el previsto en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal Federal solo hará que el inculpaado se vuelva más peligroso al convivir con verdaderos autores de ilícitos mayores como homicidios y secuestros.

Lo anterior aunado al hecho de lo antieconómico que resulta la prisión para el Estado, en la medida que tendrá que realizar diversas erogaciones o destinar parte de su presupuesto en mantener a un deudor del fisco, en vez de buscar su pago mediante sanciones.

VII. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

“Al hombre se le puede arrebatarse todo salvo una cosa: la última de las libertades humanas, la elección de la actitud personal que debe adoptar frente al destino, para decidir su propio camino... cada hombre aún bajo condiciones tan trágicas, guarda la libertad interior de decidir quién quiere ser, porque incluso en esas circunstancias es capaz de conservar la dignidad de seguir sintiendo como ser humano...”¹⁷

Victor Frankl

A manera de reseña los artículos 108 y 109 fracción II, plasman los delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva en el Estado Mexicano, en el capítulo anterior, se había precisado que por lo que respecta al artículo 108 del Código Fiscal, se trataba de una omisión dolosa en el pago de contribuciones con perjuicio del fisco y por su parte la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal establece la omisión de entero al fisco de las cantidades retenidas y recaudadas. La anterior conducta ilícita puede resumirse en un incumplimiento a una obligación fiscal que se traduce en un no pago de contribuciones al fisco, en la falta de pago de un adeudo, siendo que en la primera conducta existe el dolo como elemento subjetivo principal y en la otra puede llegar a subsistir el elemento culposo en el no pago y ambas se sancionan con pena privativa de libertad.

Se ocupará el presente análisis de la siguiente manera, se enunciarán diversos principios y derechos contenidos en la constitución y en la Ley Federal de Derechos del Contribuyente y sus correlativos derechos humanos

¹⁷ Frankl, Viktor, *El hombre en busca de sentido*, Ed. Herder, México, 2004, P.107

inmersos en la Convención Americana de Derechos Humanos y se estudiará si las penas privativas de libertad con las que se sanciona la conducta ilícita contenida en el artículo 109 fracción II del Código Fiscal Federal contraviene o no los derechos humanos inmersos en dichos ordenamientos:

1.- Primeramente corresponde el análisis del artículo 17 constitucional, que debido a la reforma constitucional de junio de dos mil once, vio ampliada su esfera garantista siendo que la antigua concepción de “no prisión por deudas puramente civiles”, se amplió a un derecho humano determinado como “no prisión por deudas” y que por tanto aboga porque nadie sea sometido a detenciones o encarcelamientos arbitrarios (según lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En efecto el artículo 109 fracción II del Código Fiscal de la Federación, establece una conducta sancionada como delito y por la cual procede la pena de prisión, ésta es la omisión de entero al fisco de cantidades retenidas y recaudadas, tal como se estudió en el capítulo correspondiente; el tipo penal inserto en dicho dispositivo penal, al no contener expresamente el elemento doloso, lleva a la conclusión de que el contribuyente puede incurrir en dichas conductas ilícitas de manera culposa, lo cual al no estar expresamente en la conducta descrita en el tipo el elemento doloso, se configura la descripción de un incumplimiento de obligaciones que puede asemejarse a una deuda de carácter fiscal, ya que la omisión “no pago” de contribuciones al fisco culposamente y sin el ánimo doloso, resulta ser lo que todos conocemos como una deuda.

Ahora bien, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos humanos contenidos en dicha convención, asimismo el Estado Mexicano con la reforma constitucional de junio de dos mil once, se comprometió a respetar y garantizar los derechos humanos contenidos en dicha convención, dándoles el mismo alcance jurídico que una garantía constitucional, por lo cual al contener el artículo 109 fracción II del Código Fiscal Federal penas de prisión por deudas, se ve reflejada una contravención del texto legal constitucional y una violación a los derechos humanos de los contribuyentes, ya que dicho dispositivo legal prevé la prisión por deudas en materia fiscal.

A su vez y con la misma importancia, el citado artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que nadie puede

ser sometido a detención y encarcelamiento arbitrarios, y si es que las autoridades fiscales proceden a querrellarse por la conducta ilícita contenida en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal Federal, y por consiguiente la autoridad correspondiente ordenar una detención u orden de prisión por este tipo de ilícito, se estaría violando el principio contenido en este numeral de la Convención, ya que sería a todas luces una detención o encarcelamiento arbitrario al ir en contra de los derechos humanos del contribuyente.

2.- Por otra parte el artículo 21 y 23 Constitucionales, establecen una separación en la competencia de las autoridades en materia de delitos e infracciones, ya que la imposición de sanciones por las infracciones corresponde a la autoridad administrativa y en el caso de los delitos corresponderá a la autoridad judicial y por su parte el artículo 23 constitucional señala que “nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo delito”, y en materia de infracciones a la ley en materia fiscal no se cumple este postulado, ya que tanto la autoridad administrativa a través de la Secretaria de Hacienda, como las autoridades judiciales, penan y sancionan la mismas conductas, como ya se explicitó anteriormente, el Código Fiscal establece multas (impuestas por la autoridad administrativa) por omitir el entero de contribuciones, conducta que es considerada grave en materia administrativa (artículos 77, 78, 81 del Código Fiscal). Sin embargo dicha conducta es a su vez un ilícito contemplado en la fracción II del artículo 109 del mismo ordenamiento legal, éste es sancionado como delito (en dicho dispositivo legal) y a su vez como infracción por la cual procede multa (en el artículo 81 fracción III del Código Fiscal); implicando estas situaciones un “juzgar dos veces la mismas conducta” desde el punto de vista administrativo y el penal.

3.- Ahora corresponde analizar los siguientes derechos humanos, los artículos 5 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen que los fines de la pena deben ser para rehabilitar y readaptar al delincuente a la sociedad, estableciendo la presunción de inocencia en el indiciado (principio contenido también en el artículo 20 inciso B fracción I de la Constitución Nacional) y la concesión de tiempo y medios adecuados al indiciado para su

defensa, ya por último, también se incluye en este rubro al derecho contenido en el artículo 21 de la Ley Federal de Derechos del Contribuyente, que concede la presunción de buena fe en las actuaciones del contribuyente.

La sanción impuesta por la conducta ilícita contenida en el artículo 109 fracción II del Código Fiscal Federal, contraviene varios de estos derechos, ya que por la naturaleza culposa que puede llegar a tener los ilícitos, no es dable que se le rehabilite o readapte a un “sentenciado” por un delito culposo, que su conducta coincidió con el supuesto jurídico contenido en el tipo por un error, falta de pericia (al carecer el dispositivo legal en cita del elemento doloso expresamente), puesto que con un simple apercibimiento o una multa se le podía sancionar para que tenga más cuidado en sus acciones u omisiones. Por lo que respecta a la presunción de buena fe de los actos del contribuyente, relacionada con la presunción de inocencia, se detalla que el Estado Mexicano no respeta este derecho, debido a que al considerar como delito un simple adeudo incurrido por culpa (y otorgarle pena privativa de libertad), no se están considerando los actos del contribuyente de buena fe (artículo 21 de la ley federal de derechos del contribuyente); y si así fuera, dichos ilícitos no existirían en el Código Fiscal y sólo subsistiría la defraudación fiscal dolosa plasmada en el 108 del ordenamiento legal en cita.

Ahora bien, al considerarse como delitos graves las conductas ilícitas contenidas en el artículo 109 del Código Fiscal Federal por el diverso 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, y al establecer que por dichas conductas, se tendrán que compurgar el procedimiento penal sin el derecho a la libertad bajo caución, se maximiza la violación al principio de presunción de buena fe en los actos del contribuyente; al considerar como graves delitos que pueden cometerse culposamente, lo cual atenta contra el principio de presunción de buena fe de los actos del contribuyente (artículo 21 de la Ley Federal de Derechos del Contribuyente), y el Estado muy contrario a lo dispuesto en este principio, considera con la mayor mala fe dichos actos.

4.- Finalizando el presente análisis, toca el estudio de los derechos humanos contemplados en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señalan que toda persona tiene derecho al respeto

de su honra y al reconocimiento de su dignidad y que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias y abusivas, este derecho será analizado junto con el artículo 2 fracciones VIII, XI y XIII de la Ley Federal de Derechos del Contribuyente, que establecen respectivamente el derecho a ser tratado con respeto y consideración por los servidores públicos, el derecho a ser oído en trámites y el derecho a corregir su situación fiscal.

La sanción impuesta y el ilícito en sí contenido en el artículo 109 fracción II del Código Fiscal Federal, contraviene varios de estos derechos, en virtud de la naturaleza culposa que puede tener dicho delito, el Estado Mexicano al aplicarlos no hace más que atentar contra la dignidad y honra de la persona humana, ya que trata como uno de los delincuentes más severos, al deudor fiscal culposo, cuya conducta se ha adecuando el tipo penal contemplado en la norma ¿a esto se le puede llamar un respeto a la honra y reconocer la dignidad del contribuyente, si el mismo Estado Mexicano desde sus leyes trata como un delincuente de los más atroces al contribuyente que ve encuadrada su conducta a lo dispuesto en el dispositivo legal en comento?. A su vez se señala que el hecho de que el fisco aplique estos dispositivos legales, querellándose contra un contribuyente vulnera a su vez éste dispositivo legal de la Convención, toda vez que el hecho de iniciar un proceso penal por estos delitos, resulta una injerencia arbitraria en su vida, ya que como se ha explicado el ilícito descrito puede contemplar una deuda culposa, lo cual incumple el postulado de la ley federal de derechos del contribuyente de tratar con respeto y consideración al contribuyente, puesto que se le trata como un delincuente.

Tan es así que aunque el contribuyente tenga algo que decir o intente corregir o de hecho corrija su situación fiscal durante el ejercicio de las facultades de comprobación, la acción penal proseguirá, en virtud de que el postulado de corrección fiscal, no aplica en delitos fiscales cuando ya ha sido descubierto por el fisco (iniciado facultades en su contra).

Aunado a todo lo anterior, sobresale el hecho de que en México no existe una cultura, ni mucho menos educación fiscal y el contribuyente no tiene pleno conocimiento de sus derechos y sus deberes (más cuando dichos deberes están contenidos en múltiples y complejas leyes fiscales).

El resultado de esta evaluación es que las penas privativas de libertad

contenidas en los delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva en el caso especial del ilícito contenido en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal Federal contravienen los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

VIII. EL TERRORISMO FISCAL Y SUS REPERCUSIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

Como un efecto de guerra psicológica, el terrorismo fiscal viene a implantar miedo en el contribuyente, por las posibles repercusiones que pueda tomar el Fisco en su contra, por no cumplir con sus obligaciones fiscales.

A través del tiempo la autoridad fiscal se ha basado de medios por los cuales hace notar su presencia y las consecuencias de no cumplir con sus disposiciones; así como en la antigüedad se amputaban las manos de los que robaban o defraudaban al fisco, en la actualidad, este organismo no ha cambiado mucho la manera de hacer latente su presencia e infundir cierto aire de temor en el contribuyente.

En la actualidad la Autoridad Fiscal se basa de cuatro medidas principales para evitar que los contribuyentes defrauden al fisco:

- 1.- Publicidad intimidatoria.
- 2.- Acciones ejemplificativas.
- 3.- Incremento de Auditorías al contribuyente y de sus facultades.
- 4.- Aumento en las penas, sanciones y conductas ilícitas.

La publicidad intimidatoria y las acciones ejemplificativas, buscan como finalidad, el infundir temor en los contribuyentes y una sensación persecutoria para que paguen sus contribuciones, emitiendo anuncios televisivos con frases como “no se queme” y “pague impuestos, no pague consecuencias” el hecho de no cumplir con sus disposiciones fiscales es jugar con fuego, y se ven imágenes de unas rejas cerrándose simulando una cárcel; y a su vez, realizando acciones contra presuntos evasores de impuestos que resultan ser personajes conocidos por su fama pública como la querrela contra Julio Cesar Chávez por presunta defraudación fiscal en mil novecientos noventa y seis, que causan alarma en los

contribuyentes por la popularidad de los denunciados.¹⁸

Ahora bien por lo que respecta al aumento de auditorías y lo conducente al incremento de las penas, sanciones y conductas ilícitas, buscan infundir temor en el contribuyente, mediante el miedo latente por no caer en dichos ilícitos e incrementa más la turbación en el mismo por estas medidas, el hecho de que las sanciones o penas sean tan severas.

En efecto se puede decir que las penas exageradas impuestas por el Estado a ciertas conductas ilícitas en materia fiscal, buscan causar esto, un miedo fundado en el contribuyente para que en virtud de estas, cumpla debidamente con sus obligaciones fiscales. Sin embargo, hay que recordar el principio que dice que “la dureza exacerbada daña y que las leyes exageradas se tornan irrisorias e irrespetadas”.¹⁹

Se puede decir que las penas privativas de libertad existentes en los delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva, en específico la que sanciona la conducta contenida en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal, al sancionar con pena de prisión a una conducta omisiva que admite la comisión culposa (complementando lo anterior con la consideración de que el artículo 194 fracción VI del Código Federal de Procedimientos Penales considera dichos ilícitos como graves), busca causar ese miedo o temor en el contribuyente para que cumpla con sus obligaciones fiscales, amenazándolo con las consecuencias que le puede traer un incumplimiento inclusive por error.

Sobre este punto Emilio Margáin Monautou precisa que desde mil novecientos noventa, el fisco mexicano empezó a utilizar estas políticas de terrorismo fiscal con gran frecuencia, sin embargo la evasión fiscal no ha disminuido sino que muy al contrario se ha incrementado.²⁰

Pero más que infundir miedo o temor en el contribuyente, infunden una inseguridad jurídica latente, que nuevamente se traduce en indefensión, debido a que por un error, falta de pericia o descuido el contribuyente puede incurrir en dichas conductas ilícitas y tener todo el rigor de la sanciones penales establecidas para ellas, lo anterior al admitir el ilícito sujeto a estudio conductas

¹⁸ Sánchez Vega, Alejandro, op. cit. Pp. 138 y 139

¹⁹ Díaz Aranda, Enrique, op. cit. P. 85

²⁰ Margáin Monautou, Emilio, *Nociones de Política Fiscal*, Ed. Porrúa, México, 1998. P. 207

culposas que se sancionan con pena privativa de libertad y que pueden llegar a cometerse sin ánimo doloso de defraudar.

Esto se puede llamar terrorismo fiscal, porque busca causar mella en el contribuyente, complica lo anterior, el hecho que las leyes fiscales sean tan complejas, así como la existencia de un vasto orden normativo fiscal con infinidad de obligaciones, contenidos en reglamentos, reglas generales, jurisprudencias y una entrabada y compleja burocracia requisitoria para cumplir las obligaciones fiscales; hace que este temor que trata de infundir Hacienda, se traduzca más en un estado de indefensión y de incertidumbre jurídica para el contribuyente.

Parte de la solución a la evasión fiscal, se encuentra en la prevención del ilícito, no en el terrorismo fiscal; implementando una cultura fiscal traducida en educación tributaria, junto con la simplificación de las leyes fiscales, con una difusión completa de las mismas y por supuesto con un ejercicio visible, justificado y transparente del Gasto Público, se estarían sentando las bases para crear una nueva cultura fiscal sin necesidad de terrorismo fiscal, ni severas penas de prisión para deudas fiscales.

Adaptando la frase de Claus Roxín al caso particular del ilícito fiscal, un Estado que pretende acabar con el fraude fiscal (inclusive cuando este sea cometido de manera culposa, por errores o descuido y sin el ánimo doloso de defraudar), secuestrando y segregando al contribuyente recluyéndolo en prisión... debe perder su credibilidad.

XI. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS EFECTOS DE DEROGAR LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN FISCAL DE CONDUCTA OMISIVA

El presente capítulo tiene como finalidad demostrar que las penas privativas de libertad existentes para el delito de defraudación fiscal de conducta omisiva con las que se sanciona al ilícito contenido en el artículo 109 fracción II del Código Fiscal de la Federación, vulneran los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, contravienen los principios penales de “intervención mínima” y “*non bis in idem*” y a su vez atentan contra el principio de presunción de buena fe de los actos del contribuyente

ya que constituyen dichas sanciones un medio de terrorismo fiscal que más que causar temor, crean inseguridad jurídica en el contribuyente, sancionando severamente una conducta que no atenta gravemente ni dolosamente poniendo en peligro los bienes jurídicos fundamentales.

La historia nos ha demostrado como las penas privativas de libertad fueron un gran progreso en el camino hacia la humanización del derecho penal, porque con ella se relevaron los crueles castigos corporales de tiempos pasados,²¹ sin embargo hoy en día habría que preguntarnos si la severidad de este castigo ha sido mal entendida y si está siendo mal utilizada para sancionar severamente delitos que en esencia no merecen esta pena tan atroz.

Las penas privativas de libertad en los delitos de defraudación fiscal contenidas en el artículo 108 del Código Fiscal y que se aplican para la conducta ilícita contenida en la fracción II del artículo 109 del mismo ordenamiento legal, son las que transgreden los derechos humanos, contravienen los principios penales y crean este terrorismo fiscal que se traduce en inseguridad jurídica para el contribuyente; por tanto son las que requieren una modificación.

En estas consideraciones, el Estado se encuentra facultado para determinar como delito a la defraudación fiscal equiparable contenida en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal aunque dicho acto ilícito omisivo pueda llegar a cometerse de manera culposa por error o descuido (consistiendo en un adeudo culposo contra la federación), ya que el artículo 73 fracción XXI de la Constitución, faculta al Congreso de la Unión para legislar sobre delitos y determinar como tales las conductas ilícitas que él considere como típicas, antijurídicas e ilícitas. No obstante el mismo Congreso se encuentra facultado para determinar el castigo conducente para dichos ilícitos y en este sentido el castigo fijado por legislador para los mencionados ilícitos es el que no se acopla a los derechos humanos y principios penales y crea una inseguridad jurídica latente en el contribuyente.

En esta tesitura el delito de defraudación fiscal genérico se encuentra contenido en el artículo 108 del mismo ordenamiento legal en cita, dicho dispositivo legal prevé la omisión en el entero de contribuciones pero con el

²¹ Díaz Aranda, Enrique, op. cit. P. 92

ánimo expresamente doloso de defraudar, de causar un perjuicio al Fisco; esta conducta debe ser sancionada severamente, ya que hay una maquinación y engaño para obtener un fin, con perjuicio del Patrimonio Estatal, esta conducta es la que debe ser sancionada con la severidad de la pena privativa de libertad.

No obstante lo anterior, la conducta contenida en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal, que puede prever una omisión culposa, sin el ánimo de defraudar, no debe llevar este rigor (por admitir en su comisión conductas culposas), ya que si estas conductas se cometen con dolo, integran el ilícito descrito en el artículo 108 del Código Fiscal y deberían merecer la pena privativa de libertad correspondiente.

El hecho de continuar con esta pena privativa de libertad en el dispositivo legal en comento, además de contravenir los derechos humanos imponiendo “pena de prisión por deudas”, contraría los principios penales al sancionar dos veces la misma conducta ilícita y no respetar el principio de intervención mínima al otorgarle la pena más severa (pena carcelaria e inclusive considerándose grave en algunos casos) a un delito que admite la comisión culposa, que configura en efecto un adeudo con el Fisco; las precitadas penas corporales, crean una incertidumbre jurídica en el contribuyente, al fungir como medios de control fiscal también conocidos como “terrorismo fiscal”, sumado a lo anterior el alto costo fiscal que deviene del mantenimiento de los sentenciados en las cárceles, cuando dichos contribuyentes en estado activo y en libertad, bien podrían pagar el monto del adeudo fiscal generado (siendo este el detonador y causante del ilícito) si se le dejara a éste produciendo y desarrollando su actividad económica, cuestión que no resulta beneficiosa económicamente para el Estado.

Las penas determinadas para cualquier acto ilícito sancionado como delito deben adecuarse a los derechos humanos, a los principios penales, causando certidumbre en el gobernado y no incurrir en todo lo contrario.

Margarita Lomelí Cerezo menciona en su libro Derecho fiscal represivo que “la culpabilidad tiene en el Derecho Penal-Fiscal la misma función que en el Derecho Penal, de ahí que dada la identidad ontológica entre las infracciones fiscales y los delitos, la culpabilidad es un elemento esencial de las infracciones fiscales, siendo que la reincidencia de estas conductas es lo que

puede considerarse como una conducta delictuosa penal.”

Apoyando lo anterior el hecho de que las sanciones que deben aplicarse para delitos culposos resultan ser las multas pecuniarias establecidas en las infracciones.

El estudio del derecho comparado nos ha demostrado que no todas las legislaciones toman estos supuestos de ilícito fiscal, pero si la gran mayoría considera el fraude fiscal como una conducta de configurada en base al dolo, cuestión que en la legislación mexicana no acontece, ya que el artículo sujeto a estudio, dispone una defraudación fiscal que puede configurarse por plena culpa y en este sentido, en otras legislaciones a las conductas culposas que configuran omisión de entero de contribuciones e incumplimiento de obligaciones fiscales son sancionadas administrativamente con multas y penas pecuniarias pero no con pena privativa de libertad.

Emilio Margáin Monautou, establece en su libro de nociones de política fiscal, que en muchas ocasiones la ignorancia del contribuyente es la principal causa de que éste incurra en el delito fiscal, y que las sanciones que ocasionan estos ilícitos provocan desagrado en unos y temor en otros. Desagrado porque las causas por las cuales se incurre en infracciones deriva bien por verdadero desconocimiento de las disposiciones fiscales y porque el fisco no otorga facilidades para cumplir oportuna y correctamente dichas disposiciones y temor cuando viene a empeorar la situación económica del contribuyente o debido a que éste considere que el Estado puede usarlo para establecer un escarmiento que sirva de ejemplo a otros contribuyentes.²²

Recordemos que aunado a todo lo anterior, el artículo 94 del Código Fiscal de la Federación establece una amplia gama de responsables por la comisión de ilícitos fiscales, entre ellos encontramos a quien concierte la conducta, realice la conducta o a quien la realice conjuntamente con el anterior, lo que deja un amplio margen de responsables de los ilícitos fiscales.

Consciente de los anterior se menciona que el Estado en vez de incrementar y agravar sus sanciones para infundir temor en el contribuyente, debe simplificar sus leyes fiscales, crear y difundir una cultura fiscal con

²² Idem. P. 201 y 207

educación de esta índole, prevenir antes de atemorizar, educar antes de castigar y por supuesto cumplir para poder exigir.

Es importante derogar las penas privativas de libertad en el delito de defraudación fiscal equiparable contenido en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal Federal, ya que ésta es la única manera de garantizar el tutelaje de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, respetar los principios penales y garantizar una certeza jurídica en el contribuyente contra las posibles actuaciones arbitrarias de la autoridad fiscal.

X. HACIA UN ESTADO TUTELAR DE DERECHO LA DEFRAUDACIÓN FISCAL Y SU CALIFICACIÓN COMO DELITO GRAVE

Y el barco zarpó, con un buen cargamento barriles de vino de las costas del sur de la península itálica hasta las costas del sur de Grecia, pero cuando se encontraba a mitad de camino por el mediterráneo, el mar se tornó algo picado, el cielo se nubló y comenzó la tormenta, vientos casi huracanados, que amenazaban con destruir el barco, olas que introducían agua en su interior y hacían cada momento más pesado el viaje en el mismo, el capitán tenía que tomar una decisión. Tirar parte del cargamento de vino y perder las grandes ganancias que le traería el viaje, o sacrificar a sus tripulantes, botar por la borda a algunos de ellos para aligerar la carga, ya que no necesitaba a tantos para realizar la empresa. Era una decisión que como capitán debía afrontar...

El problema del barco solían contarlos los grandes filósofos griegos a sus alumnos, para que reflexionaran. En un símil con la autoridad, ésta se encuentra en la misma disyuntiva del problema del barco, entre tirar a la borda su cargamento que le pudiese traer buenos ingresos o quedarse con la gente que la apreciará el resto de su vida por el valor humano impuesto en su acción (invertir en la gente) o simplemente mandar a nadar a su pueblo y quedarse con las grandes ganancias que le dejará su cargamento (invertir en objeto), esta disyuntiva corre a diario en la administración pública. La disyuntiva de ayudar a la gente, invertir en la gente, siempre debe prevalecer; a fin de cuentas

la gente lleva a la autoridad al poder, al legislador a su curul y en base a esa representación al impartidor de justicia a su juzgado. La gente les otorgó la confianza para que funjan como administradores, legisladores y juzgadores... Invertir en la gente implica eliminar sanciones que atentan contra los derechos humanos, que contravienen los principios penales y cuya finalidad es infundir temor en el gobernado para lograr una coacción psicológica para conseguir el cumplimiento de sus obligaciones, cuestión que se traduce en una incertidumbre jurídica por parte del contribuyente.

¿Hacia dónde vamos? esa no es la pregunta que un Estado debe hacerse, ¿hacia dónde debemos ir? Es una pregunta que engloba al Ente Público y a su población, debemos ir hacia un Estado más humanitario, que garantice los derechos humanos consagrados en la Constitución y los Tratados Internacionales, que sea congruente con las políticas que aplica y con los principios que sentaron las bases de sus ordenamientos legales, que tenga confianza en su gente para que su gente tenga confianza en él.

Debemos ir hacia un mejoramiento constante de la sociedad y de las normas que la rigen la vida en comunidad, un país que no avanza hacia un derecho más justo, más sensible, más consiente, más humano, no tiene el derecho de llamarse democrático.

Quizás y la propuesta de la presente tesis sólo sea un pequeño grano de arena a esta gran escalada de derechos humanos y luchas por los derechos, pero busca crear un espíritu garantista latente y consiente, que se inspire siempre en avanzar y nunca quedarse atrás.

Es necesario derogar las penas privativas de libertad establecidas para el delito de defraudación fiscal de conducta omisiva establecido en el artículo 109 fracción II del Código Fiscal de la Federación, porque vulneran los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, contravienen los principios penales de “intervención mínima” y “*non bis in idem*”, atentan contra el principio de presunción de buena fe de los actos del contribuyente; además porque fungen como un medio de terrorismo fiscal, que más que causar temor, producen inseguridad jurídica en el contribuyente, sancionando severamente una conducta que no atenta gravemente y en algunos casos ni dolosamente poniendo en peligro los bienes

jurídicos fundamentales y máxime cuando el ilícito admite que sea cometido de manera culposa, por error, falta de pericia o descuido, sin que medie el ánimo doloso en la intención del contribuyente.

En esencia si un gobernante, quiere ser recordado y no criticado, debe de tomar las riendas del barco, el barco es el Estado, el capitán es quien gobierna, la tripulación los gobernados, si queremos llegar al otro lado y gozar todos de los beneficios de un Estado que respeta los derechos humanos y garantías del gobernado, debemos navegar bien, invertir en gente, y como gobernantes siempre optar por la opción número uno, sacrificar el vino y quedarse con la gente, ya que la historia nos demuestra que cuando se une el rebaño, hasta el león tiembla.

El Estado debe invertir en la gente, confiar en sus contribuyentes, invertir en la prevención del ilícito fiscal, más que en la represión, pensar en el costo-beneficio ya que encarcelar no produce ningún beneficio al Estado incluso le causa un agravio y sí crea un sentimiento de rencor y venganza en el contribuyente, se deben implementar medidas de cultura y educación fiscal, simplificar las leyes de la materia, se necesita incursionar en dichas acciones en vez de incrementar las sanciones, su severidad y el número de ilícitos fiscales.

Deben respetarse los derechos humanos y adecuar sus normas a ellos, y en estricto sentido derogar las penas privativas de libertad existentes para el delito de defraudación fiscal de conducta omisiva contenido en la fracción II del artículo 109, éste resulta ser un primer paso en esta tarea, pero es un paso, que resuena en beneficio y seguridad del contribuyente, del gobernado, de la gente. Y quizás algún día podamos decir que ese sueño garantista de derechos humanos que comenzó como un sueño se ha hecho realidad y se ha quedado patente en la sociedad mexicana.

XI. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que se han arribado mediante la realización del presente trabajo son las siguientes:

PRIMERA.- La evasión fiscal, ha sido un problema que han enfrentado todos los países del mundo; sus causas llegan a ser políticas,

técnicas, jurídicas, económicas y psicológicas, permiten observar que es un fenómeno cuyas raíces se hayan bien cimentadas y que su solución más que en la represión está en la cultura y la educación; la historia nos ha mostrado cómo las grandes civilizaciones con el avance de los derechos humanos han reducido las penas que implementan para sancionar delitos y han dejado un ambiente más humano en sus órdenes normativos.

SEGUNDA.- En la legislación mexicana, existen dispositivos legales que sancionan la evasión fiscal, buscando eliminar esta conducta, dichos ilícitos se encuentran regulados en los delitos de defraudación fiscal y sus equiparables contenidos en los artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación. Sin embargo dentro de estos delitos, existe una subclificación que trata de los delitos de defraudación fiscal de conducta omisiva que admite el carácter culposo en su comisión, ilícito contenido en la fracción II del artículo 109 del mismo ordenamiento legal cuya sanción es la pena privativa de libertad, dichos ilícitos se configuran por omisión en el cumplimiento de obligaciones fiscales que se traducen en un no pago de contribuciones y en algunos casos son calificados como delitos graves, según el monto de impuesto omitido.

TERCERA.- El derecho comparado muestra que en la mayoría de los países se sanciona con pena privativa de libertad a la defraudación fiscal, pero siempre y cuando estos se cometan dolosamente con el ánimo de causar un perjuicio, cuestión que en el caso de México, en la fracción II del artículo 109 en comento, se sanciona con prisión y como delito grave a una conducta que puede ser cometida de manera culposa que se configura por un error, falta de pericia o descuido, ya que el tipo penal, no prevé expresamente el dolo, admitiendo la conducta culposa en su comisión.

CUARTA.- La conducta ilícita establecida en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal Federal, configura un adeudo con el Estado y al ser sancionado con pena privativa de libertad, viola los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que México es parte, en específico del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que “nadie puede ser detenido por deudas”, al aplicar esta sanción el Estado mexicano está deteniendo o arresando por deudas. De la misma manera la conducta típica establecida en el dispositivo

legal en cita contraviene el derecho a la presunción de inocencia, contenido en el artículo 21 de la ley federal de derechos del contribuyente, al considerar que las acciones del contribuyente aunque estas sean culposas, ocasionadas por error o descuidos, son realizadas de mala fe y por tanto configuran el ilícito en comento, por lo que debe sancionársele con prisión.

QUINTA.- En este mismo sentido, las penas privativas de libertad que sancionan las conductas en cita, contravienen los principios penales *non bis in idem* y el de intervención mínima, al sancionar las mismas conductas administrativamente por el ejecutivo (con multas pecuniarias) y penalmente por el poder judicial (con pena privativa de libertad), configurando una doble sanción y por tanto implica que al contribuyente se le juzgue dos veces por la misma conducta; aunado el hecho de que las citadas penas se otorgan para un delito que no reviste un verdadero atentado contra los bienes jurídicos fundamentales del Estado al ser de índole patrimonial, traducido en un adeudo con el fisco y que puede ser cometido culposamente por error, falta de pericia o imposibilidad; pudiendo el infractor devolver (después de percatado de su descuido).

SEXTA.- Estas penas privativas de libertad en los ilícitos en comento van en contra de la política fiscal y criminal que pretende aplicar el Estado mexicano, debido a que la primera marca una tendencia hacia la reducción de penas e ilícitos tributarios y la segunda hacia una intervención mínima siendo más duro con los delitos más graves y dejando a otras materias las sanciones a las conductas ilícitas más leves, cuestión que se contradice al sentar penas tan severas para estos ilícitos e inclusive considerarlos en algunos casos como delitos graves, sin derecho a la libertad bajo caución comparando a los contribuyentes que caen en este supuesto con agresores verdaderamente peligrosos para la Nación, como secuestradores y genocidas.

SÉPTIMA.- Las sanciones impuestas al delito contenido en la fracción II del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación crea una grave inseguridad jurídica, al constituir medios de represión llamados “terrorismo fiscal” debido a que implantan miedo en el contribuyente; aunado a lo anterior la amplia gama de responsables por la comisión delitos fiscales señalados en el artículo 95 del mismo ordenamiento legal en cita, confirman la necesidad

de derogar las penas privativas de libertad en los delitos de defraudación fiscal precisadas anteriormente, al incluir un gran número de sujetos responsables por la comisión de los diversos ilícitos. Resulta necesaria la derogación de las penas privativas de libertad en los delitos citados para darle la seguridad al mexicano de que el Estado no actuará arbitrariamente en su contra pretendiendo penar una conducta en la cual todos podemos incurrir, ya que dejar encarcelado a un contribuyente por un delito culposo le causa rencor al mismo (atentando contra sus derechos humanos) y un perjuicio económico al Estado, al tener que mantenerlo ahí.

OCTAVA.- En este sentido la mejor manera de contrarrestar la evasión fiscal es en base a la prevención, a la implementación de una cultura y educación fiscal que llegue a todos los mexicanos. Si se quieren evitar las conductas previstas en los dispositivos legales analizados, la mejor manera es en base a este tipo de política de prevención no reprimiendo y encarcelando.

NOVENA.- Nuevamente se menciona que el Estado está facultado para decidir cuáles conductas sancionar como delitos y el tipo de penas a imponerles; no obstante las sanciones establecidas para el ilícito en cita, atentan contra los derechos humanos, los principios penales y de la pena, contravienen las políticas fiscal y criminal implementadas por el mismo Estado y crea una inseguridad jurídica latente en el gobernado. Es una necesidad preponderante derogar estas penas privativas de libertad para garantizar a todos los gobernados, un Estado democrático que respeta los derechos humanos y que es congruente con sus principios y políticas implementadas, de lo contrario se estaría cayendo en un verdadero contrasentido.

XII. PRINCIPALES FUENTES DE INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICAS

ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo, Derecho Fiscal, 20^a ed., Ed. Themis, México, 2009.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho

- penal, 44ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, Principios de Derecho Tributario, 5ª ed., Ed. Limusa, México 2006.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- FLORES ZAVALA, Ernesto, Finanzas Públicas Mexicanas, 34ª Ed., Ed. Porrúa, México, 2004.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, Políticas Públicas en Materia de Criminalidad, Ed. Porrúa, México, 2005.
- HERRERA ORTÍZ, Margarita, Manual de Derechos Humanos, 2ª Ed., Ed. Pac., México, 1993.
- LOMELÍ CERESO, Margarita, Derecho Fiscal Represivo, 5ª Ed., Ed. Porrúa, México, 2007.
- MARGÁIN MONAUTOU, Emilio, Nociones de Política Fiscal, Ed. Porrúa, México, 1998.
- MARTÍNEZ VERA, Rogelio, La evasión de las obligaciones fiscales sus causas y sus efectos, Ed. Humanitas, México, 1985.
- MILLÁN GONZÁLEZ, Arturo, La Defraudación Fiscal y sus consecuencias penales, Ed. Sista, México 1991.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del delito, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998.
- RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, Penología, Ed. Porrúa, México, 2002.

RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, Derecho Fiscal, 2ª ed., Ed. Oxford, México 2006.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Derecho Fiscal Mexicano, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001.

SÁNCHEZ VEGA, Alejandro, La Defraudación Fiscal y sus equiparables como delitos graves, 2ª ed., Ed. Sista, México, 2005.

TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, Teoría y práctica de los delitos fiscales, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Las Garantías de Seguridad Jurídica, 2ª ed., Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

Recepción: 20 - 05 - 2015 / Dictamen: 07 - 06 - 2015

*“Los derechos humanos son sus derechos. Tómenlos. Defiéndanlos.
Promuévanlos. Entiéndanlos e insistan en ellos. Nútranlos y
enriquezcanlos... Son lo mejor de nosotros. Denles vida.”*

Kofi Annan

El día 29 de septiembre del año 2014, conocí a Valentina Rosendo Cantú, quien visitó la Facultad de Antropología de la Universidad Autónoma de Yucatán.² Me sentí consternado. Escuché de viva voz su experiencia de vida. El arduo camino que recorrió para ser agente de la reparación de las violaciones a sus derechos. Aproximarme a ella, agarrar su mano e intercambiar un gesto fraternal en la mejilla, fue algo verdaderamente inolvidable.

Y es que en el año 2002, Valentina fue víctima de una violación sexual tumultuaria por miembros del ejército mexicano. Hoy, tras varios años, 13 para ser exactos y merced a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en un fallo condenatorio para México, Valentina inspira y alumbraba con su tenacidad al compartir su sendero, su trayecto, sus pasos firmes en busca de un valor supremo que muchas personas vislumbran inalcanzable: la justicia.

En este espacio, las pretensiones de quien redacta descansan en un llamado general de Valentina Rosendo a combatir las injusticias. Estas ideas se suman cabalmente a las luchas por defender los derechos humanos, es decir, de “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos

¹ Escrito ganador del Concurso “Ensayo Jurídico” en conmemoración del 187 aniversario de la Facultad de Derecho UADY. *Septiembre 2014*

² Mesa Panel “Justicia para Valentina, justicia para todas: el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, realizada el 29 de septiembre de 2014, en el audiovisual 102 de la Facultad de Ciencias Antropológicas, Campus de Ciencias Sociales, Económico Administrativas y Humanidades de la Universidad Autónoma de Yucatán y, organizada por el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la misma institución y el Instituto para el Desarrollo de la Cultura Maya del Estado de Yucatán.

los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”³, de nuestras personas, comunidades y pueblos indígenas, nuestros niños y niñas, nuestras mujeres mexicanas, a las personas que hoy se encuentran “vigilantes” en un rincón de nuestro país a la espera de cruzar la frontera, nuestros migrantes, a las personas que se enfrentan a los estigmas sociales y ejercen su sexualidad sin temor, a los paisanos que se encuentran injustamente privados de su libertad, a todos ellos, a todos nosotros.

Bien menciona Martha Orozco Reyes que “conocer un poco los derechos humanos, nos obliga” ¿A qué? A asumir nuestro compromiso de pertenencia a la especie humana. Es nuestro derecho y nuestro deber contribuir para que las violaciones a los derechos humanos no se repitan, por el contrario, coadyuvar en la erradicación de las diferencias asimétricas que imponen las coyunturas sociales y, que inhumanamente son alimentados por los grupos de hecho o de derecho que ostentan el poder, que pretenden hacer de estas distancias, huellas perennes e inmutables. En efecto, la teoría del derecho sabe bien que uno de los caracteres típicos de las normas es aquel imperativo-atributivo, traducido en que la reivindicación de los propios derechos precede inconcusamente al reconocimiento de los propios deberes.

Ahora bien, para un mejor entendimiento he resuelto dividir este trabajo en tres segmentos. Primeramente, deviene insoslayable partir de los estándares de la CoIDH, ello no es en razón de que “está de moda hablar de la Corte”, sino porque fue justamente al calor del Sistema Regional Interamericano de Protección de Derechos Humanos que surgió el concepto de control de convencionalidad, tema toral en nuestro ensayo; seguidamente, se pretende hacer referencia, mediante un esbozo general, a los criterios destacados resueltos por el más alto tribunal del país, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); finalmente, daremos paso al impacto progresivo en materia de convencionalidad en nuestra sociedad yucateca cristalizado mediante un criterio jurisprudencial.

Aclaro que si bien no pretendemos un estudio exhaustivo de la jurisprudencia interamericana, ni mucho menos “copiar y pegar” jurisprudencia

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Edit. Trotta, Madrid, 1999, p. 37.

doméstica, aquello no es óbice para aludir criterios esenciales con mira a proporcionar elementos prácticos que faciliten su comprensión.

Para dar inicio, formulemos algunos cuestionamientos ¿Es el derecho positivo, lo “positivo” para los miembros de la sociedad? ¿Qué nos motiva a conminar nuestra conducta a las normas jurídicas vigentes en un Estado? ¿Es el derecho siempre justo? ¿Es válido el derecho aunque sea extremadamente injusto? Un conglomerado de interrogantes –no tan efímeras– como las mencionadas, permean en nuestro sendero jurídico, bien para los estudiantes de la licenciatura en Derecho o bien para abogados postulantes, ya que funcionarios de un determinado órgano de administración o de impartición de justicia, ya sea para el destinatario último del sistema jurídico: la persona.

Retomo el último planteamiento precitado para direccionar estas ideas, en el sentido de cuestionar la validez del derecho cuando su contenido sea notoria y extremadamente injusto. Y es que para algunos juristas de otrora escuela, como Hans Kelsen –representante por antonomasia del iuspositivismo– “*cualquier contenido de las normas jurídicas, puede ser derecho*”⁴, sin limitación de *iure* o *de facto*. Para muestra baste un botón, las normas positivas que imperaban en el régimen jurídico nacionalsocialista de Adolf Hitler en las década de los 40’s, grandes atrocidades genocidas que a la postre ocasionaron severas secuelas en los derechos y libertades fundamentales de las personas que no eran naturales de Alemania, inclusive para alemanes que no compartía ni profesaban la ideología de una “raza suprema”. Dicha ilustración sirve para delimitar el contexto, dentro del cual, surge el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos.

En contraste, Gustav Radbruch –en principio adepto del positivismo jurídico– postuló la existencia de un derecho “supralegal” que limita el poder estatal, a través de una fórmula por demás conocida que reza “*la extrema injusticia derivada del contenido de una norma hace que ésta sea jurídicamente inválida*”⁵, o en palabras de Zamir Andrés Fajardo Morales, “*la validez de las normas jurídicas no depende de la justicia o injusticia de su contenido, salvo que éste*

⁴ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 16ª Edición, México, Porrúa, 2011, pág. 205.

⁵ RADBRUCH, Gustav, Introducción a la Filosofía del Derecho, Décima reimpresión, Fondo de Cultura Económica (Breviarios), México, 2010, pp. 43 y ss.

*sea insoportablemente injusto*⁶.

¿Hacia dónde quiero llegar? Que tal y como de antaño, de igual formal al día de hoy, puede precisarse de manera evidente una seria discrepancia en el entendido de que las normas jurídicas pueden generar dicha expectativa, pueden ser incongruentes al trastocar el campo del realismo jurídico, es decir, su práctica. Empero, en palabras de quien escribe, no es necesario evaluar si determinada norma es injusta o extremadamente injusta, lejos de esta hipótesis, basta que otra disposición jurídica sea más favorable para proteger los derechos e intereses difusos de las personas, es decir, lo que doctrinalmente se conoce como el principio pro persona, para vencer, en el terreno práctico, el test de aplicabilidad normativa en un caso concreto.

En este sentido, para materializar la expectativa de justicia, es necesario un ejercicio de precisión normativa, es decir, un medio para controlar qué norma es la adecuada y de qué forma debe ser interpretada para resolver un conflicto. Una herramienta moderna para alcanzar dicho ajusten el marco de nuestro andamiaje jurídico, es el control de la convencionalidad, término que empezó a germinar al margen del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en específico, en el seno de la CoIDH al emitir la Opinión Consultiva 2/28 el 24 de septiembre de 1982, según la cual, los Estados, una vez que aprueban un tratado internacional se somete a un orden legal, donde asumen obligaciones en beneficio del interés general, contrayendo responsabilidades hacia los individuos bajo su jurisdicción, no pudiendo invocar su legislación interna para su ineficacia práctica.⁷

Ya en los albores del siglo XXI, el Dr. Sergio García Ramírez, ex juez y presidente de la CoIDH, utilizó el término por vez primera en un voto razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*⁸, refiriendo su

⁶ FAJARDO MORALES, Zamir Andrés, miembro asesor de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Blog de la revista Nexo, disponible en http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?3911#_ftn2.

⁷ Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/28 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>.

⁸ Voto recurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, en relación con la sentencia de la Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costar. Sentencia

origen reciente y en plena etapa de consolidación y afirmación.

La CoIDH no tardaría en consagrarlo al resolver el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, al establecer que “*el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.

Esta herramienta se vería robustecida con dos lineamientos torales: Primero, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* la CoIDH asentó que dicho ejercicio debe ser realizado *ex officio*¹⁰, es decir, sin que el justiciable lo solicite, pues el control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la CADH, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad¹¹. Y segundo, al resolver el *Caso Gelman Vs. Uruguay*¹², aseveró que se trata de una obligación que no se supedita a la función jurisdiccional, sino que es tarea de cualquier autoridad pública.

Encuentra su fundamento normativo en lo dispuesto por el Art. 29 b) de la CADH en relación del artículo 2 del mismo instrumento internacional, en el sentido de que ninguna disposición puede ser interpretada para limitar el goce o libre ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocida de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes, aunado de la adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole de derecho interno.

De tal forma que, en virtud de que México es parte de la CADH y

de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Párr. 27.

⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 154, párr.124.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C. No. 158, párr.128.

¹¹ Voto Razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac- Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 24.

¹² Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr.329.

aceptó la jurisdicción contenciosa de la CoIDH, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrito también por el Estado mexicano, que involucran los principios de derecho internacional relativos a las Buena Fe y al *Effet Utile*, a su vez el principio de *pacta sunt servanda*, entonces está obligado a aceptar el mandato concreto dirigido a sus autoridades con el objeto y fin de adecuar su actuación a los postulados de la CADH, pero no limitativo a ésta, por el contrario, facultativo mediante un diálogo jurisprudencial o cruzamiento de jurisprudencia (*jurisprudential cross fertilization*) hacia los derechos humanos reconocidos en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país, osea, con carácter vinculante, debiendo aplicar a los casos concretos las disposiciones que consagran una protección más amplia.

Bajo este contexto, la CoIDH emitió una sentencia condenatoria para el estado Mexicano por el atropello, vejaciones y violación de los derechos humanos del señor Rosendo Radilla Pacheco, víctima de desaparición forzada a manos de miembros del Ejército. Esta referencia nos permite aterrizar los precedentes que la SCJN ha establecido a raíz de dicha sentencia, en el expediente Varios 912/2010, cuyo fin último fue delimitar las obligaciones concretas que corresponden al Poder Judicial de la Federación frente a dicha sentencia.

Los puntos torales del análisis jurisdiccional recayeron en que las sentencias de la CoIDH son obligatorias para todos los órganos y Poderes del Estado, siempre y cuando el Estado fuese parte; que el control de convencionalidad es acorde al espíritu y letra del artículo 1 constitucional, en consecuencia, en su vertiente concentrada, los jueces del Poder Judicial de la Federación deben ejercerlo en las vías de control directo de constitucionalidad, es decir, a través de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y el mexicanísimo juicio de amparo. Y en un aspecto difuso, encargado a los jueces locales de cada entidad federativa sin necesidad de iniciar un procedimiento incidental o separado. Independientemente del ámbito de competencias, siempre debe ejercerse de manera oficiosa y prefiriendo la norma más favorable a las personas.

Aunado a ello y merced a las reformas constitucionales en materia de

amparo y derechos humanos de fechas 6 y 10 de junio de 2011 respectivamente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos delimita que el orden jurídico positivo se configura a partir de un cuerpo amplio de derechos humanos reconocido en la propia Constitución y en los tratados internacionales, asimismo, de una interpretación sistemática de sus artículos 1 y 133, se trasluce el fundamento constitucional para el ejercicio del control de convencionalidad.

A finales de 2013, el Tribunal Pleno de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 293/2011, estableció que el catálogo de derechos – señalado líneas arriba– conforma un parámetro de control de la regularidad constitucional¹³; que los límites para el ejercicio de los derechos humanos son las restricciones expresas previstas en normas constitucionales, ante las cuales, según este criterio, se debe ceder. Ante esto, sin lugar a dudas, lo más destacado fue la ampliación del estándar de vinculatoriedad de las sentencias de la CoIDH, en el entendido que resultan obligatorias aunque el estado Mexicano no sea parte en el caso.

Sin duda, esto ha permitido someter al escrutinio de diversas normas generales y actos de autoridad a la luz de los derechos humanos. Sin embargo, ¿cuál es su eficacia en el mundo fáctico? ¿De qué manera, el control de la convencionalidad produce beneficios al ciudadano? En fin, ¿Por qué nos hace tanto ruido?

Para ello, en una muestra efectiva del ejercicio de control de convencionalidad, me he permitido traer a colación un precedente del Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito Judicial con sede en nuestra entidad yucateca al calor de la décima época inaugurada el 4 de octubre de 2011.

Me refiero a la jurisprudencia con número de registro 2007468¹⁴,

¹³ DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Época: Décima Época, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia (s): Constitucional, Tesis: P/J. 20/2014 (10ª.), Página: 202.

¹⁴ SENTENCIAS DICTADAS EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO. LOS ARTÍCULOS 356, ÚLTIMO PÁRRAFO Y 383, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO DE

publicada en el Diario Oficial de la Federación recientemente el 19 de septiembre de los corrientes, referente a las sentencias dictadas en procedimientos sumarios.

En un esbozo general, los artículos 356, último párrafo y 383, fracción I, del Código de Procedimientos en Materia Penal del Estado de Yucatán –aún vigente para aquellos procesos iniciados hasta antes de la implementación del nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral en nuestro Estado– proscriben la promoción del recurso de apelación en los procedimientos sumarios, medio de impugnación, que procede, *inter alia*, en contra de sentencias condenatoria dictadas dentro de un proceso ordinario.

De su lectura originalista, las sentencias en vía sumaria son definitivas e irrevocables ante la potestad común. Empero, a la luz de la CADH y mediante un análisis jurisprudencial convencional ejercido de oficio en el caso concreto, restringen el derecho de los justiciables a la segunda instancia en un proceso penal, en contravención del artículo 8, numeral 2, inciso h), de este instrumento normativo, que prevé la doble conformidad judicial como una garantía primordial que debe respetarse en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada íntegramente por un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, otorgando mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado.

En pocas palabras, los artículos 356, último párrafo y 383, fracción I precitados son per se violatorios del derecho humano a una doble instancia en un proceso penal, por tanto, resultan inconventionales y por ende deben inaplicarse, abriendo la posibilidad de promover el recurso de apelación, y luego, en caso de coexistir una violación de sus derechos –acorde al principio de definitividad– el juicio de amparo. Esta es una de las formas en que se materializa el control de convencionalidad.

PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN, AL PROHIBIR EN SU CONTRA LA PROMOCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN, Y EL DIVERSO 372, FRACCIÓN II, QUE LAS UBICA COMO DEFINITIVAS E IRREVOCABLES, SON CONTRARIOS AL ARTÍCULO 8, NUMERAL 2, INCISO H), DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y, POR TANTO, DEBEN INAPLICARSE. Época: Décima Época, Registro: 2007468, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO., Tipo de tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 19 de septiembre de 2014 09:30 h, Materia (s): (Constitucional, Penal), Tesis: XIV.P.A. J/2 (10ª)

Y de forma tal, cobran vida las reflexiones de Albin Esser cuando “no es el Estado, sino el ser humano, el que se erige en una estrella fija en torno a la cual rota el Estado para brindarle su protección”¹⁵. Así es, actualmente la potestad pública se mira a la luz de los derechos humanos, y no en un modelo inverso.

Sin embargo, no ahí descansa la verdadera eficacia del derecho, puesto que como diría Andrea Garrido Martínez¹⁶, “las normas no son el fin en sí mismo, sino un medio”, una herramienta para el bien común. Me refiero a que el fin de este ejercicio, al menos en este caso concreto, implica un alcance más amplio y garante de los derechos humanos de algunas personas privadas de la libertad como consecuencia de haber sido sentenciada por la vía sumaria. Es decir, que los efectos de este derecho reconocido implican buscar su aplicación en casos análogos.

Esto de ninguna forma representa una transgresión al principio de legalidad y no retroactividad en materia penal, pues, al existir una norma más favorable para el sentenciado, efectivamente debe proceder en aras de un beneficio de la persona. Significa que una persona condenada por la vía sumaria, hoy puede acudir a solicitar una revisión de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad del acto que lesiona su esfera jurídica. Solo así descansa el principio de eficacia normativa, toda vez que el derecho no puede ni debe circunscribirse a una norma y un axioma, debe necesariamente conjuntarse con su aplicación práctica, es decir, ha de existir una tridimensionalidad del derecho.

A manera de corolario, puede precisarse que en nuestra sociedad cambiante existe un avance real en el reconocimiento y en la garantía de los derechos humanos que constituyen la base y piedra angular de toda democracia

¹⁵ ESSER, Albin, “Una justicia penal a la medida del ser humano”, visión de un sistema penal y procesal justo para el hombre como individuo y ser social, citado en HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Hacia una teoría de la prueba en el juicio oral mexicano*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, p. 5.

¹⁶ Estudiante de la Licenciatura en Derecho por la Universidad Autónoma de Yucatán, y representante en concurso nacional de derechos humanos “Sergio García Ramírez” organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México (ed. 2013 y ed. 2014), y el Concurso Interamericano de Derechos Humanos organizado por la Washington College of Law American University EEUU (ed. 2013)

que aspira a satisfacer el sueño del ser humano libre, exento del temor y de la miseria. Por ende, el ser individual necesita de la sociedad para lograr sus objetivos, pues “los derechos humanos solo pueden recuperar el atractivo visual si suavizan su sesgo individualista y ponen un mayor énfasis en la parte comunitarista”¹⁷ ya que lo natural en el hombre es vivir en sociedad.

Como bien dice Ricardo Ortega “estamos frente a una resignificación de los derechos humanos”¹⁸, donde a decir de Luis Miguel Cano López “un derecho no encuentra sus límites en las atribuciones de las autoridades; las atribuciones encuentran sus límites en el contenido de los derechos”¹⁹.

¡Es irrefutable!, los derechos humanos como progresos de las personas, no terminan cuando se realiza la tarea sintética de reunir dichas conquistas, sino que reside en la forma en que se hace palpable el respeto de los atributos inherentes de todas las personas, sin importar el origen nacional, étnica, social, económico, y de cualquier otra categoría esencial.

“El derecho no es derecho cuando se agota en el tintero”

FUENTES DE INFORMACIÓN BIBLIOGRAFÍA

FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La ley del más débil, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Edit. Trotta, Madrid. 1999.

¹⁷ IGNATIEFF, Michael, Los derechos humanos como política e idolatría. Ed. Piados, Barcelona, 2003, p. 87.

¹⁸ Conferencia Magistral “Prevención, Investigación, Sanción y Reparación de violaciones a derechos humanos” dentro del programa académico del curso de Control de Convencionalidad, impartida por Ricardo Alberto Ortega Soriano ex titular del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y, organizada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social por conducto de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje en Colaboración con la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia y la Facultad de Derecho “Ponciano Arriaga Leija” de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=gpkIqCq8cMQ>.

¹⁹ Taller sobre Amparo, impartido por el Mtro. Luis Miguel Cano López, miembro asesor de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, realizado el 8 de abril de 2014 y organizado por la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Mariano Azuela Rivera” con sede en Guadalajara, Jalisco y la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, en el marco del Curso de Control Difuso de Convencionalidad, disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=SgcaLWAb6V0>.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, Hacia una teoría de la prueba en el juicio oral mexicano, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013.

IGNATIEFF, Michael, Los derechos humanos como política e idolatría. Ed. Piados, Barcelona, 2003.

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 16ª Edición, México, Porrúa, 2011.

RADBRUCH, Gustav, Introducción a la Filosofía del Derecho, Décima reimpresión, Fondo de Cultura Económica (Breviarios), México, 2010.

NORMATIVA INTERNACIONAL

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.

NORMATIVA INTERAMERICANA

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

NORMATIVA NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/28 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

Voto recurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, en relación con la sentencia de la Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 154.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C. No. 158.

Voto Razonado del Juez Ad HoC Eduardo Ferrer Mac- Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221

JURISPRUDENCIA LOCAL

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LOS QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Época: Décima Época, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia (s): Constitucional, Tesis: P/J. 20/2014 (10ª.), Página: 202. SENTENCIAS DICTADAS EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO. LOS ARTÍCULOS 356, ÚLTIMO PÁRRAFO Y 383, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN, AL PROHIBIR EN SU CONTRA LA PROMOCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN, Y EL DIVERSO

372, FRACCIÓN II, QUE LAS UBICA COMO DEFINITIVAS E IRREVOCABLES, SON CONTRARIOS AL ARTÍCULO 8, NUMERAL 2, INCISO H), DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y, POR TANTO, DEBEN INAPLICARSE. Época: Décima Época, Registro: 2007468, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Tipo de tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 19 de septiembre de 2014 09:30 h, Materia (s): (Constitucional, Penal), Tesis: XIV.P.A. J/2 (10ª)

OTRAS FUENTES

Artículo jurídico, Zamir Andrés Fajardo Morales, miembro asesor de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Blog de la revista Nexo, disponible en http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?3911#_ftn2.

Mesa Panel “Justicia para Valentina, justicia para todas: el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, realizada el 29 de septiembre de 2014, en el audiovisual 102 de la Facultad de Ciencias Antropológicas, Campus de Ciencias Sociales, Económico Administrativas y Humanidades de la Universidad Autónoma de Yucatán y, organizada por el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la misma institución y el Instituto para el Desarrollo de la Cultura Maya del Estado de Yucatán.

Conferencia Magistral “Prevención, Investigación, Sanción y Reparación de violaciones a derechos humanos” dentro del programa académico del curso de Control de Convencionalidad, impartida por Ricardo Alberto Ortega Soriano ex titular del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y, organizada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social por conducto de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje en Colaboración con la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia y la Facultad de Derecho “Ponciano Arriaga Leija” de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=gpk1qCq8cMQ>.

Taller sobre Amparo, impartido por el Mtro. Luis Miguel Cano López, miembro asesor de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, realizado el 8 de abril de 2014 y organizado por la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Mariano Azuela Rivera” con sede en Guadalajara, Jalisco y la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, en el marco del Curso de Control Difuso de Convencionalidad, disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=SgcaLWAb6V0>.

Recepción: 10 - 06 -2015 / Dictamen: 12- 06 -2015

RESTRICCIONES INCONSTITUCIONALES EN VALES DE DESPENSA Y EL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO DE DEFENSA

Teresa de Jesús May Cua¹

SUMARIO: I) Disposiciones generales, II) Inconstitucionalidad por violación de los artículos 1°, 5° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, III) Finalidad de la prohibición de adquirir alcohol y tabaco con los vales de fuente distinta a la fiscal, IV) Conclusiones, V) Fuentes de información.

I) DISPOSICIONES GENERALES

El 4 de julio de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF), la Segunda Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2014 y sus anexos 1, 1-A, 2, 3, 6, 11, 14, 15, 18, 22, 23 y 24 por el cual se incorporó el concepto de vale de despensa.

En la resolución de mérito se estableció la prohibición de utilizar el monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco, ésta encuentra su fundamento legal en los artículos 7, penúltimo párrafo, y 27, fracción XI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta; así como en la Regla I.3.3.1.26., último párrafo, de la Segunda Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2014.

En lo conducente, el artículo 7, penúltimo párrafo de la Ley del Impuesto sobre la Renta se determina que: “... *Para los efectos de esta ley, se considera previsión social las erogaciones efectuadas que tengan por objeto satisfacer contingencias o necesidades presentes o futuras, así como el otorgar beneficios a favor de los trabajadores o de los socios o miembros de las sociedades cooperativas, tendientes a su superación física, social, económica o cultural, que les permitan el mejoramiento*”

¹ Pasante en Derecho, egresada de la licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán, generación 2010-2015.

en su calidad de vida y en la de su familia.”

Por su parte, el artículo 27, fracción XI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta instituye “*Que cuando se trate de gastos de previsión social, las prestaciones correspondientes se otorguen en forma general en beneficio de todos los trabajadores. Tratándose de vales de despensa otorgados a los trabajadores, serán deducibles siempre que su entrega se realice a través de los monederos electrónicos que al efecto autorice el Servicio de Administración Tributaria [...] Para los efectos del párrafo anterior, tratándose de trabajadores sindicalizados se considera que las prestaciones de previsión social se otorgan de manera general cuando las mismas se establecen de acuerdo a los contratos colectivos de trabajo o contratos ley [...] Cuando una persona moral tenga dos o más sindicatos, se considera que las prestaciones de previsión social se otorgan de manera general siempre que se otorguen de acuerdo con los contratos colectivos de trabajo o contratos ley y sean las mismas para todos los trabajadores del mismo sindicato, aun cuando éstas sean distintas en relación con las otorgadas a los trabajadores de otros sindicatos de la propia persona moral, de acuerdo con sus contratos colectivos de trabajo o contratos ley [...] Tratándose de trabajadores no sindicalizados, se considera que las prestaciones de previsión social son generales cuando se otorguen las mismas prestaciones a todos ellos y siempre que las erogaciones deducibles que se efectúen por este concepto, excluidas las aportaciones de seguridad social, sean en promedio aritmético por cada trabajador no sindicalizado, en un monto igual o menor que las erogaciones deducibles por el mismo concepto, excluidas las aportaciones de seguridad social, efectuadas por cada trabajador sindicalizado. A falta de trabajadores sindicalizados, se cumple con lo establecido en este párrafo cuando se esté a lo dispuesto en el último párrafo de esta fracción [...] En el caso de las aportaciones a los fondos de ahorro, éstas sólo serán deducibles cuando, además de ser generales en los términos de los tres párrafos anteriores, el monto de las aportaciones efectuadas por el contribuyente sea igual al monto aportado por los trabajadores, la aportación del contribuyente no exceda del trece por ciento del salario del trabajador, sin que en ningún caso dicha aportación exceda del monto equivalente de 1.3 veces el salario mínimo general del área geográfica que corresponda al trabajador, elevado al año y siempre que se cumplan los requisitos de permanencia que se establezcan en el Reglamento de esta Ley [...] Los pagos de primas de seguros de vida que se otorguen en beneficio de los trabajadores, serán deducibles sólo cuando los beneficios de dichos*

seguros cubran la muerte del titular o en los casos de invalidez o incapacidad del titular para realizar un trabajo personal remunerado de conformidad con las leyes de seguridad social, que se entreguen como pago único o en las parcialidades que al efecto acuerden las partes. Serán deducibles los pagos de primas de seguros de gastos médicos que efectúe el contribuyente en beneficio de los trabajadores [...] Tratándose de las prestaciones de previsión social a que se refiere el párrafo anterior, se considera que éstas son generales cuando sean las mismas para todos los trabajadores de un mismo sindicato o para todos los trabajadores no sindicalizados, aun cuando dichas prestaciones sólo se otorguen a los trabajadores sindicalizados o a los trabajadores no sindicalizados. Asimismo, las erogaciones realizadas por concepto de primas de seguros de vida y de gastos médicos y las aportaciones a los fondos de ahorro y a los fondos de pensiones y jubilaciones complementarias a los que establece la Ley del Seguro Social a que se refiere el artículo 29 de esta Ley, no se considerarán para determinar el promedio aritmético a que se refiere el cuarto párrafo de esta fracción [...] El monto de las prestaciones de previsión social deducibles otorgadas a los trabajadores no sindicalizados, excluidas las aportaciones de seguridad social, las aportaciones a los fondos de ahorro, a los fondos de pensiones y jubilaciones complementarias a los que establece la Ley del Seguro Social a que se refiere el artículo 29 de esta Ley, las erogaciones realizadas por concepto de gastos médicos y primas de seguros de vida, no podrá exceder de diez veces el salario mínimo general del área geográfica que corresponda al trabajador, elevado al año.”

Por otro lado, en la regla 1.3.3.1.26., último párrafo, de la Segunda Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2014 se dispuso: *“Los vales de despensa, no podrán ser canjeados por dinero, ya sea en efectivo o mediante títulos de crédito, o utilizados para retirar el importe de su saldo en efectivo, directamente del emisor o a través de cualquier tercero, por cualquier medio, incluyendo cajeros automáticos, puntos de venta o cajas registradoras, entre otros, tampoco podrán utilizarse para adquirir bebidas alcohólicas o productos del tabaco.”*

De forma autónoma a la fiscal, el artículo 12 de la Ley de Ayuda Alimentaria para los Trabajadores establece en su fracción II que: *“Para el caso de los vales impresos y electrónicos previstos en esta Ley quedará prohibido: [...] II. Canjearlos o utilizarlos para comprar bebidas alcohólicas o productos del tabaco;”*.

II) INCONSTITUCIONALIDAD POR VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1^o, 5^o Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

De acuerdo a lo plasmado en el apartado I, desde el año pasado existe en nuestro sistema jurídico la prohibición de utilizar el monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco, como ya se ha detallado en los artículos 7, penúltimo párrafo, y 27, fracción XI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta; así como en la Regla I.3.3.1.26., último párrafo, de la Segunda Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2014, establecen los siguientes aspectos, a saber:

1. Los vales de despensa son instrumentos que ayudan a mejorar o conservar la calidad de vida de los trabajadores, ya que permiten aumentar la capacidad de compra de productos de su necesidad, lo que sirve como incentivo para incrementar su productividad y, al mismo tiempo, permite que las empresas mejoren su retención de talento, beneficiándose de los incentivos fiscales vigentes.
2. Del contenido del artículo 7 de la Ley del Impuesto sobre la Renta no se desprende ningún elemento que entrañe prohibición de utilizar el monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco, pues dicho artículo sólo define qué es la Previsión Social.
3. Por su parte, del artículo 27, fracción XI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta no señala prohibición alguna de utilizar el monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco.
4. Por otra parte, la regla I.3.3.1.26., último párrafo de la Segunda Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2014, proveniente de una Resolución Miscelánea Fiscal en donde cabría la prohibición de mérito lleva a preguntar ¿Una Resolución Miscelánea Fiscal está por encima de una ley federal, en este caso la Ley del Impuesto sobre la Renta? La respuesta sería no. Esto es

así porque en materia fiscal existe una pirámide de jerarquía de las disposiciones jurídicas que establece claramente lo siguiente:



Por lo anteriormente expuesto, si la Ley del Impuesto sobre la Renta está jerárquicamente arriba de la Resolución Miscelánea y en la presente ley en su artículo 27, FRACCIÓN XI no se establece ni se hace mención alguna sobre la prohibición de utilizarse los vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas o productos del tabaco no debería imperar tal prohibición con base en la citada miscelánea.

5. La jurisprudencia de la Novena Época con número de registro 197697 de la Segunda Sala de nuestro Alto Tribunal, cuyo rubro es “VALES DE DESPENSA. DEBEN CONSIDERARSE COMO GASTOS DE PREVISIÓN SOCIAL PARA EFECTOS DE SU DEDUCCIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN XII, DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.”, en lo que nos interesa dice “... *Por tanto, como los vales de despensa constituyen un ahorro para el trabajador que los recibe, dado que no tendrá que utilizar la parte correspondiente de su salario para adquirir los bienes de consumo de que se trate, pudiendo destinarla a satisfacer otras necesidades o fines...*”. Esto da a entender que el trabajador podrá destinar los vales de despensa para comprar cualquier producto (incluida la cerveza y los

cigarrillos) que satisfaga sus necesidades o fines.

6. De la misma forma, la tesis aislada de la Novena Época con registro número 203121, emitida por el Tribunal Colegiado de Circuito de rubro “VALES DE DESPENSA Y GASTOS DE PREVISIÓN SOCIAL, DIFERENCIA ENTRE LOS, PARA EFECTOS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.”, en la parte que nos interesa menciona: *“Los vales de consumo o despensa son pagos en especie con los que el trabajador satisface sus necesidades presentes en el orden material, como son alimentación o el vestido...”*. Esto, haciendo una interpretación de la mencionada jurisprudencia, permite entender que dentro del término “alimentos” se incluye la recreación, entendida ésta como el derecho que tienen todas las personas como medio de esparcimiento, de mejoramiento de calidad de vida e instrumento para utilizar racional y formativamente el tiempo libre. Por consiguiente, por esparcimiento se entendería la diversión, recreo o entretenimiento. Por ello, por ejemplo, cuando una persona compra cervezas y/o cigarrillos para divertirse con sus amigos, o a solas, se estaría cumpliendo uno de los objetivos de los alimentos que están considerados dentro de la finalidad de los vales de despensa.

No menos importante es decir que la Corte no ha interpretado lo que debe entenderse por “necesidad” por lo cual, usando un razonamiento lógico entendemos por ésta como la “cosa que es necesaria para alguien o algo”; por consiguiente “cosa” es la palabra con la que se designa todo aquello que existe o tiene entidad, ya sea material o inmaterial, real o imaginario, concreto o abstracto. Por lo tanto “alcohol” y “tabaco” son cosas y por ende son aptas de ser una necesidad y por ello pueden ser satisfechas por medio de los vales de despensa.

7. Por otro lado, desde el ámbito de una persona moral, la entrada en vigor de la Reforma Hacendaria, el pasado 1 de enero de 2014, causa también, si se quiere de forma paralela, una grave afectación a las empresas en virtud de que éstas se vieron afectadas al reducirse la deducibilidad de los vales de despensa, pues hasta el año pasado, estos podían deducirse al 100% en el Impuesto Sobre la Renta. Ahora,

con la nueva disposición, la deducibilidad se redujo a: a) 53% para las empresas que mantengan o incrementen el monto de esta prestación y b) 47% para las compañías que disminuyan la cantidad otorgada en vales, con respecto a 2013. En ambos casos, la deducibilidad solo aplica si la prestación se da a través de tarjeta o monedero electrónico, causando una vulneración completa a la economía de las empresas que entregan vales de despensa en papel y no en monedero electrónico, ya que no podrán deducirlos en el ISR.

8. Aunando más en este estudio y conservándose el ámbito de persona moral pero agregándosele un giro empresarial de venta de alcohol y/o tabaco, al aplicársele a dichas personas *“la prohibición de utilizar el monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco”* se les estaría violando el artículo 1° de la Constitución, en virtud de que la reforma mencionada implementa sistemas que discriminan la compra, con tarjetas de despensa, de productos distintos a alimentos de la canasta básica (se prohíbe adquirir bebidas alcohólicas o productos del tabaco con los vales de despensa).
9. Siguiendo la idea anterior, se le viola a las personas morales con giro empresarial de venta de alcohol y/o tabaco el artículo 5° de la Constitución, en virtud de que al aplicársele a la empresa de mérito la reforma mencionada se le está limitando el derecho al trabajo en su aspecto de comercio, ello porque el mencionado artículo dice *“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.”* Esto es así porque los vales de despensa al no contemplar que por medio de ellos se adquiriera bebidas alcohólicas se impide que la quejosa se dedique a su giro empresarial puesto que su producción se vería limitada en virtud de que no se tendría la misma capacidad adquisitiva por parte de los compradores, lo que provocaría que haya un exceso de producción lo que podría repercutir en un despido de trabajadores y finalmente el cierre de la empresa por no poder mantenerse como lo ha hecho desde que fue fundada.

De la misma manera, el artículo señalado nos dice que “(...) *Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial*”, siendo que si los vales de despensa impiden que se adquieran bebidas alcohólicas se les estaría privando del producto de su trabajo a los trabajadores. Además, hay que considerar que una resolución judicial es un dictamen que emite un tribunal para ordenar el cumplimiento de una medida o para resolver una petición de alguna de las partes intervinientes en un litigio, circunstancia que no ha sucedido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Juicio de Amparo es un medio de control constitucional, convencionalidad y de legalidad de los actos u omisiones provenientes de autoridades o particulares cuyo fin es proteger los derechos humanos y las garantías otorgadas para su protección previstos en favor de las personas (física o morales) tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que sea parte el Estado Mexicano, sería un medio de defensa contra la prohibición de utilizar el monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco procedería un Amparo Indirecto (artículo 107, fracción I de la Ley de Amparo en vigor).

La prohibición de utilizar vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco, que se reitera encuentra su fundamento legal en los artículos 7, penúltimo párrafo, y 27, fracción XI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta; así como en la Regla I.3.3.1.26., último párrafo, de la Segunda Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2014 son inconstitucionales por contravenir lo establecido en los artículos 1°, 5°, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puesto que violan los principios de no discriminación y libertad de trabajo, los cuales tienen como finalidad colocar a todos los gobernados, cualquiera que sea su categoría o condición social, en igualdad de condiciones frente a la necesidad de vida de escoger el comercio, el oficio, el trabajo o la industria que les acomode, con las únicas salvedades de que éstos sean lícitos y de que no ataquen los derechos de terceros ni ofendan los intereses de la sociedad.

Así mismo, dicha prohibición es inconstitucional al trasgredir el artículo 133 de la Carta Magna debido a que si la Ley del Impuesto sobre la Renta está jerárquicamente arriba de la Resolución Miscelánea sería ilógico pensar que ésta estaría por encima de la Constitución. El principio de Supremacía Constitucional sigue vigente en nuestro ordenamiento jurídico mexicano, en virtud de que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece, extremo que no acontece en el presente asunto.

Es decir, los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el Parámetro de Control de Regularidad Constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional, respetándose así el principio de Supremacía Constitucional.

III) FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR ALCOHOL Y TABACO CON LOS VALES DE FUENTE DISTINTA A LA FISCAL

Tratando de encontrar una justificación a la prohibición varias veces citada, se podría decir que el párrafo tercero del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone “*Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.*”.

Consecuentemente, de la interpretación de dicho apartado, aplicable al caso concreto, se entendería que los vales de despensa deberían usarse para mejorar el estado nutricional de los trabajadores y el de su familia así como para prevenir enfermedades.

La finalidad de la mencionada prohibición iría encaminada a que las personas reduzcan su ingesta de alcohol y/o tabaco lo que traería como consecuencia que el Estado reduzca sus aportaciones en el ámbito relacionado al sector salud, al no tener que invertir numerario en tratamientos, medicinas, consultas, etc.

Aunado a lo anterior, si el Estado se encarga de que los vales de despensa no se desvíen al mercado informal o a la adquisición de artículos como tabaco o alcohol, que no forman parte de las necesidades básicas, éste estaría garantizando el derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.

Esto en apariencia, sería concomitante con lo ya dicho de la Ley de Ayuda Alimentaria para los Trabajadores que establece en su artículo 12, fracción II *“Para el caso de los vales impresos y electrónicos previstos en esta Ley quedará prohibido: ... II. Canjearlos o utilizarlos para comprar bebidas alcohólicas o productos del tabaco;...”*.

Respecto a la finalidad sobre la prohibición de adquirir alcohol y tabaco con los vales de despensa, conviene decir que el Estado tiene un buen objetivo para inhibir la venta de los mencionados productos, porque lo que busca es proteger el bien jurídico que es la salud pública; sin embargo, el consumo y la adicción de éstos no se resuelven prohibiéndolo sino la solución está en políticas de salud y educación pública.

Aunado a lo anterior, si el Estado impide la compra del alcohol y el tabaco para reducir el nivel de personas enfermas así como para aminorar las aportaciones que son destinadas a la salud pública sus acciones son completamente incongruentes sino hace nada más que frenar el consumo de éstas sin aplicar medidas que refuercen dichas acciones. Es decir, el Estado no sólo debe prohibir la compra de alcohol y tabaco con vales de despensa sino que debe emprender campañas y políticas de salud acompañadas de educación de calidad que se dirija a reducir tales comportamientos.

Por lo tanto, si el Estado sólo está prohibiendo la compra de alcohol y tabaco sin promover acciones que refuercen tales gestiones resultaría gravoso esta contravención puesto que se violarían los principios de no discriminación y libertad de trabajo.

IV) CONCLUSIONES

Con la promoción del Amparo Indirecto, y toda vez que los efectos del amparo tienen estrecha vinculación con el acto reclamado, y según su naturaleza, se precisarán los alcances de la sentencia protectora, su finalidad

sería que se dicte una sentencia de amparo con carácter positivo con el fin de restituir al agraviado (sea persona física o moral) en el goce de sus derechos y garantías violadas con el acto reclamado.²

Por ello, en virtud de que la fundamentación para la prohibición de utilizar el monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco se encuentra en los artículos 7, penúltimo párrafo, y 27, fracción XI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta; así como en la Regla I.3.3.1.26., último párrafo, de la Segunda Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2014 y no en el artículo 12, fracción II de la Ley de Ayuda Alimentaria para los Trabajadores, lo que resultaría sería conceder el amparo y protección de la justicia federal por una indebida o incorrecta fundamentación y motivación.

Resuelta la procedencia del amparo, se le propone a la autoridad de amparo, que considere al momento de dictar sentencia los siguientes puntos:

1. Se levante la mencionada prohibición para poder adquirir bebidas alcohólicas en los horarios establecidos para venderlas a todas las personas que acrediten su mayoría de edad.
2. En el caso de que el quejoso sea un trabajador los alcances de la sentencia de amparo pudieran ser para el efecto de que, previa notificación que mande a efectuar el juzgador, el Servicio de Administración Tributaria, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la oficina competente bajo su cargo, emita un oficio dirigido en general y en abstracto a todas y cada una de las negociaciones en donde se venda al público bebidas embriagantes y/o tabaco, a fin de que se les indique que con motivo de la presente ejecutoria de amparo el quejoso goza del derecho de comprar dichos productos a través del uso de los vales de despensa, tanto electrónicos como en papel, que al efecto presente en dichos comercios, previa presentación tanto de dicho oficio como de la credencial o documento diverso que vincule al tenedor de los vales con su prerrogativa a los mismos como producto de su trabajo.

² Cruz Quiroz, Osmar Armando; Los efectos generales en las sentencias constitucionales. Disponible en: www.juridicas.unam.mx

3. Tratándose de las personas morales, los alcances de la sentencia pudieran ser para el efecto de que se les conceda el amparo y protección de la justicia federal para que continúen en la elaboración de alcohol y tabaco permitiéndoles, de esta manera, que se dediquen a su giro empresarial, lo que evitaría que su producción disminuya y no se vieran limitados al introducir sus productos al mercado nacional en virtud de que no se restringiría la capacidad adquisitiva de los compradores.
4. Si el Estado busca salvaguardar el bien jurídico que es la salud pública le corresponde promover acciones que refuercen las políticas de salud y educación pública y no únicamente debe limitarse a prohibir el uso del monedero electrónico autorizado de vales de despensa para adquirir bebidas alcohólicas y productos del tabaco, puesto que se violarían los principios de no discriminación y libertad de trabajo por las razones anteriormente expuestas.

Todo esto con la finalidad de que las personas físicas puedan usar sus vales de despensa para poder saciar sus necesidades u otros fines, así como evitarles a las personas morales un daño en sus activos.

V) FUENTES DE INFORMACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2014.

Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Ley del Impuesto sobre la Renta. 2013. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR.pdf>

Ley de Ayuda Alimentaria para los Trabajadores. 2011. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAAT.pdf>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vales de despensa y gastos de previsión social, diferencia entre los, para efectos del Impuesto sobre la Renta. 1996. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>

Cruz Quiroz, Osmar Armando; Los efectos generales en las sentencias constitucionales. Disponible en: www.juridicas.unam.mx

PONENCIAS

ESTEBAN VOLKOV

EL ASESINATO DE LEÓN TROTSKY, COMO YO LO VIVÍ. MEMORIAS DEL ÚLTIMO TESTIGO VIVO

Documento original presentado por Esteban Volkov,
en el 75 aniversario luctuoso del revolucionario ruso
León Trotsky, en la Facultad de Derecho Uady

Considero un gran honor estar entre ustedes, en este recinto académico y cultural y aprovecho también la ocasión para agradecer la invitación de que he sido objeto, de la Facultad de Derecho de esta renombrada Universidad Autónoma de Yucatán, que como sabemos en su origen fue la Universidad del Sureste, fundada por el prócer y defensor incondicional del pueblo maya el insigne Felipe Carrillo Puerto, quién con decisión inamovible y gran valor se enfrentó a los despiadados y voraces hacendados henequeneros de esta península, para finalmente ser asesinado por militares a su servicio, al amanecer del 3 de enero de 1924, en el cementerio municipal de Mérida, al igual que tres de sus hermanos y ocho de sus colaboradores, engrosando la larga lista de los mártires revolucionarios tanto de México como a nivel internacional, que han caído en la lucha por un mundo más justo, sin explotación, opresión, ni violencia.

El de la voz por cuarta ocasión pisa estas bravías tierras de sol abrazador y de límpido cielo de intenso azul.

La primera vez fue un muy largo e inolvidable viaje vacacional en automóvil desde la ciudad de México, explorando estas lejanas tierras, hasta entonces totalmente de desconocidas para mi familia y para mí.

La segunda ocasión fue de trabajo, en mi calidad de químico, para estudiar la industrialización del jugo de henequén, para la fabricación de hormonas corticoides. Y la tercera fue una breve pero grata estancia en Mérida, camino a la costa maya.

Y la actual gracias a la muy cordial invitación de esta Universidad, en mi calidad de último testigo vivo por mis 89 años, de páginas de historia de México y de historia universal, que quedarán registradas por los siglos de los siglos por su gran transcendencia.

Se trata de la generosa hospitalidad de México, motivo de renombre y admiración internacional, que el gobierno del General Lázaro Cárdenas con su gran espíritu progresista, emanado de la Revolución mexicana mantuvo en máxima vigencia. Siendo el asilo otorgado contra viento y marea al

revolucionario marxista más perseguido del planeta: León Trotsky, el caso más paradigmático, sin dejar de mencionar todo el numeroso exilio republicano español, así como europeos de distintos países, que huían de la bota nazi y la multitud de exiliados de las dictaduras latinoamericanas. Aquí en México León Trotsky libró su última batalla intentando salvar los fundamentos y los principios de la revolución socialista que Lenin y él, encabezaron y llevaron al triunfo en Rusia en octubre de 1917.

Pero la resaca contrarrevolucionaria, que se observa en todos los procesos revolucionarios, arribó a los pocos años a tierras de los Soviets y fue incontenible. Una voraz burocracia encabezada por Stalin rápidamente se adueñó convirtiéndose con prontitud en una casta privilegiada, en una nueva aristocracia, la llamada nomenclatura o partidocracia.

Este usurpador e ilegítimo régimen solo se pudo mantener mediante el imperio de la falsificación histórica y de la implantación de una sangrienta dictadura. La Comuna de París de 1871 y los primeros años de la Unión Soviética, son hechos históricos que muestran la perfecta viabilidad del modelo socialista, con la propiedad planificada. La incógnita aun por determinar a plenitud es la ecuación del poder: “Autogestión” obrera, con democracia y más democracia parece ser la respuesta.

Hoy por hoy, nada menos que aquí en México, en “El Salto” Jalisco: La Cooperativa obrera TRADOC, fundada tras arduas luchas sindicales, es un ejemplo y prueba irrefutable de que una compleja planta de fabricación, en este caso de las llantas, puede ser manejada y administrada con magníficos resultados por sus propios obreros. Y a pesar de estar rodeada de un mar de corrupción hasta hoy en día ha mantenido en su interior un intachable estandar moral y elevada conciencia política.

En la familia de Lev Davidovich, más conocido como León Trotsky, su nieto Vsievod Volkov, castellanizado a Esteban Volkov, salió de Rusia casi de 5 años con su madre Zinaida Volkov en enero de 1931, rumbo a Turquía con los abuelos, por motivos de salud, dejando a uno de sus hijos, resultando yo el elegido. Zinaida Volkov fue la hija mayor de las dos que tuvo León Trotsky en su primer matrimonio con Aleksandra Sokolovskaia. Su segundo matrimonio fue con Natalia Sedova con la que tuvo dos hijos, León y Serge.

Vengo de una familia donde casi todos murieron a temprana edad a manos de (José Djughachvily) más conocido como Stalin, unos de los más sanguinarios tiranos que se han dado en la historia. No salgo de mi asombro, acabo de cumplir 89 años, soy caso único en la familia, soy la excepción que

confirma la regla o la cifra que nivela la media probabilística. Soy actualmente el único sobreviviente, testigo del último capítulo de la lucha revolucionaria de León Trotsky acaecida en estas tierras, viví y fui testigo de la más monstruosa e inconcebible campaña de difamaciones y calumnias orquestadas contra mi abuelo por órdenes de Stalin, que llevaron al paroxismo el líder sindical Lombardo Toledano quien recibía generosos emolumentos desde Moscú, al igual que un sector de la prensa mexicana que estaba a su servicio.

Al principio de 1939, ante la intensificación de dicha campaña, el jocoso y premonitorio comentario del abuelo fue: ¡"Por lo visto los periodistas están a punto de cambiar la pluma por la ametralladora"!, y así fue en la madrugada del 24 de mayo de 1939, en Coyoacán, por un grupo de una veintena de stalinistas fuertemente armados capitaneados por el pintor Alfaro Siquieros. Quienes mediante una cortina de fuego impidieron la salida de los camaradas guardias y simultáneamente ametrallaron profusamente con "Thomson" desde tres ángulos de la recámara donde dormían los abuelos. Tras los primeros disparos la sangre y rápidos reflejos de Natalia salvaron la vida de ambos, al lograr ésta, empujar al abuelo hacia el rincón más oscuro del cuarto, protegiéndolo con su propio cuerpo. Inicialmente el abuelo pensó que en la cercanía había una fiesta religiosa con los acostumbrados trópidos de cohetes. En la recámara vecina el nieto tampoco se salvó de la descarga de una pistola automática sobre el centro de la cama donde dormía, pero afortunadamente al arrinconarse en el piso con rapidez, solo recibió un rozón de bala en un dedo del pie. La única víctima fue el recién llegado joven guardia Sheldon Hart, resultando ser un elemento estalinista infiltrado, fue quién abrió la puerta a los asaltantes y tras de partir con ellos, meses después fue encontrado su cadáver encalado, enterrado en Santa Rosa.

La parte más grotesca y hasta chusca de las calumnias estanilistas contra mi abuelo era que le cambiaban sus supuestos amos de acuerdos a los vericuetos y saltimbanquis de la errática diplomacia del Kremlin. Tan así que tras el pacto de Hitler/Stalin, Trotsky de inmediato dejó de servir a la Gestapo y al Mikado, para ser contratado supuestamente por el "Deuxieme Bureau francés" y los servicios de Inteligencia británicos y norteamericanos. En la era estalinista el peor crimen del que se podía acusar a alguien, era: -de que quería restablecer el capitalismo en la Unión Soviética- y precisamente fue la burocracia que Stalin encumbró en el poder, la que llevo a cabo esta "hazaña".

León Trotsky en su brillante análisis de la contrarrevolución estalinista, realizada en su libro de "La Revolución Traicionada" en 1936, analiza punto por punto los desvíos y traiciones de este régimen usurpador e ilegítimo y con más

de medio siglo de antelación, predice con precisión matemática su retorno al capitalismo, de no ser reconquistado el poder por la clase obrera mediante una revolución política, de la que Trotsky se hizo enérgico e incansable portavoz.

Previamente a mi llegada a México en agosto de 1939, un año antes del asesinato de mi abuelo, en los 4 o 5 años que viví en París con mi tío político León Sedov, percibí y aprendí lo que era el asedio y la criminalidad de la temible GPU o NKVD de Stalin. En nuestro entorno caían asesinados personas cercanas, camaradas de lucha: Ignaz Reiss, importante funcionario soviético quién se afilió al trotskismo, denunciando públicamente a la contrarrevolución estalinista, Rodolf Clement estrecho colaborador del abuelo, su cuerpo descuartizado fue encontrado río abajo en el Sena.

Andrés Nin, traductor y amigo del abuelo, dirigente del POUM, tampoco corrió con mejor suerte, al igual que el secretario Ervin Wolf, quienes fueron asesinados en España. Finalmente el hijo mayor León Sedov, brazo derecho, invaluable apoyo de su padre en Europa, y editor del “Boletín de la Oposición”. Tras un repentino ataque de apendicitis, fue llevado erróneamente por su esposa Jeanne y por indicaciones de su falso amigo Mark Zborowski, agente de la GPU infiltrado en su cercanía, al hospital Mirabeau, manejado por personal ruso, un auténtico nido de la temible GPU (policía secreta de Stalin). Donde tras una exitosa operación, falleció en condiciones totalmente extrañas, casi hay la certeza que fue asesinado.

¿Quién fue Lev Davidovitch Bronstein más conocido como León Trotsky? nació en 1879 en una inicialmente pequeña hacienda de una familia judía-ukraniana en un lugar llamado lanovska, fue ganado al marxismo en temprana edad por sus entonces compañera de lucha revolucionaria Alejandra Sokolovskaya, quien posteriormente se convertiría en su primera esposa y compartiría su exilio en Siberia.

Es difícil describir en breves palabras la vida de un revolucionario de la dimensión de León Trotsky. Quién desde temprana edad por 43 años se dedicó a la lucha revolucionaria, de los cuales, 42 fueron bajo la bandera del marxismos, en la lucha por llevar a la humanidad a nuevas tierras, donde quedara erradicada opresión, explotación y violencia.

Históricamente hablando, León Trotsky fue un revolucionario muy afortunado, quedó inmerso en uno de los acontecimientos más notables de nuestros tiempos, como fue la Revolución Rusa, convirtiéndose junto a Lenin en personajes claves de esta primera revolución socialista triunfante en el planeta, la cual junto con la Revolución francesa, fueron valiosas experiencias

que marcaron el devenir histórico. Su actuar fue multidimensional, en todos los planos posibles. Tuvo que incursionar en áreas ideológicas no halladas aun por el marxismo de esa época. Desarrollando la Teoría de la “Revolución Permanente”, como directriz de la revolución bolchevique, con papel clave de la clase obrera, contrariamente a la Revolución por etapas que abogaba por una revolución previa burguesa, que mostró su total inoperancia en China, en la sangrienta masacre de obreros comunistas de Shanghai y Cantón en 1927 por el Kuomitang de Shankaychek, a quien se había aliado el partido comunista chino por instrucciones de la dupla Stalin y Bujarin.

En dos ocasiones fue nombrado presidente del Soviet de Petrogrado, en la fallida revolución de 1905 y en la triunfante de 1917, fue organizador y jefe del Ejército Rojo, poniendo a salvo la recién constituida Unión Soviética, mediante la derrota del ejército blanco y más de 20 ejércitos de potencias extranjeras que la estaban invadiendo. Fue también comisionado por el gobierno Soviético para negociar con los alemanes la paz de Brest-Litovsk.

Al lado de su actuar como teórico marxista, su papel destacado de dirigente del proceso revolucionario, también estaba el de observador privilegiado del mismo, así como penetrante analista del acontecer político internacional de la época, que lo llevó a registrar y explicar hasta en el menor detalle dicho acontecer histórico. Para dejar toda esta vasta experiencia en un inmenso arsenal de armas ideológicas marxistas para que la humanidad pueda llegar a nuevas tierras, lejos de la ley de la selva del imperante régimen capitalista.

A la muerte de Lenin tomó sobre sus hombros la tarea de enfrentarse a la contrarrevolución burocrática encabezada por Stalin, fundando junto con Rakovsky y otros bolcheviques la “Oposición de Izquierda”, que tenía el propósito de encarrilar el Partido Comunista ruso por los principios e ideales de Octubre, pero todo esfuerzo fue en vano, este partido ya era totalmente sordo a todas las proclamas revolucionarias, se había convertido por completo en portavoz y defensor de una ambiciosa y voraz burocracia. Tras de un exilio impuesto en Alma-Ata a León Trotsky junto con Natalia y su hijo León Sedov, son expulsados por Stalin a Turquía, aun es demasiado temprano para tramar el asesinato del compañero de Lenin.

Stalin erróneamente creía que Trotsky fuera de URSS, solo en el extranjero no podría seguir en su lucha, pero no fue así, ya que la intensificó, juntando rápidamente un grupo de leales colaboradores, emprendiendo la publicación en ruso del “Boletín de la Oposición Izquierda”. En la isla de Prínkipo, Turquía da vida a sus dos obras cumbres: su autobiografía y su

magistral “Historia de la Revolución Rusa”, sin faltar multitud de artículos de análisis y crítica del régimen thermidoriano estalinista.

Desde 1930, con claridad pasmosa denuncia la política errática y absurda de Stalin en Alemania ante el inminente ascenso de Hitler, al oponerse a un frente común de lucha contra el nazismo, del Partido Comunista junto a la Social Democracia, a la que José Stalin en el colmo del absurdo, designa como socialfachismo, atribuyéndole mayor peligro que al nazismo. Con lo que le entrega en bandeja de plata el poder a Hitler y se inicia el preámbulo de la segunda guerra mundial.

Tras designar como cadáver hediondo al partido comunista de Stalin y considerar causa perdida todo intento de su regeneración y reconocer el total naufragio de las tres primeras internacionales, León Totsky se avoca a la tarea de fundar la 4ª Internacional, como una nueva vanguardia revolucionaria, la que se funda en Perigny Francia en septiembre 1938.

Aunque en el inicio de su carrera política León Trotsky tuvo fuertes desacuerdos con Vladimiro Lenin, en Octubre de 1917 apoyó todas sus tesis políticas, y se convirtió en su más estrecho colaborador, estableciéndose una relación de absoluta confianza y estimación recíproca. De tal modo que en sus archivos, Trotsky guardaba hojas en blanco con la firma de Lenin, donde muestra que contaba con su total apoyo para tomar cualquier medida urgente en su ausencia. Tan así que en marzo de 1935, en sus escritos de “Diario en el Exilio”, en un despliegue de gran humildad, Totsky manifestaba, para ser claro diré: “De no haber yo estado en 1917 en Petersburgo, la Revolución de Octubre se habría producido –condicionada por la presencia y dirección de Lenin-. Si ni Lenin ni yo hubiéramos estado en Petersburgo tampoco habría impedido que se llevara a cabo (¡para mi no cabe la menor duda de esto!). si Lenin no hubiera estado en Petersburgo no habría casi posibilidad de que yo pudiera vencer las resistencias de las altas esferas bolcheviques. Y concluye con la presencia de Lenin la Revolución de Octubre de todos modos habría alcanzado la victoria. Lo mismo se puede decir en resumidas cuentas de la guerra civil, en este punto el experto militar suizo comandante E. Léderrey no coincide con su afirmación, asignándoles un papel protagónico, habiendo escrito: “no es una exageración decir que fue Trotsky el principal responsable de la victoria en la guerra civil”. Trotsky prosigue: Sí, no puedo decir que mi trabajo haya sido irremplazable. Y resumiendo palabras concluye: Mientras lo que hago ahora es irremplazable, no hay la más mínima vanidad en esta afirmación. Las particularidades de mi destino personal me han ubicado completamente armado de una experiencia seria frente al problema de dotar

de un método revolucionario a la nueva generación, por encima de los jefes de la II y de la III internacional, es una tarea que fuera de mí, no hay hombre capaz de llevarla adelante. Me faltan todavía al menos cinco años de trabajo ininterrumpido para asegurar la transmisión de la herencia. Contrariamente a la imagen de orgulloso y despótico que muchos le quieren atribuir, León Trotsky era una persona afectuosa, de gran sencillez en su trato, con un carácter jovial y optimista, nunca dejaba de lado su gran sentido del humor, estaba dotado de gran generosidad, siempre presto a compartir sus escasos recursos para apoyar actividades políticas o ayudar a camaradas con carencias. Era un hombre muy dinámico y disciplinado, que no toleraba pereza, desidia o desorden. ¡"Usted puede ser la primera víctima de este imperdonable descuido"! le indicó en forma premonitrice al recién llegado joven guardia Scheldon Hart, cuando este distraídamente había dejado abierta la puerta de la calle. (Scheldon fue quien abrió la puerta de la casa en el atentado del 24 de mayo, y fue asesinado días después en el "Desierto de los Leones" por un cuñado de Siquieros.) Trotsky poseía una mente de una lucidez fuera de lo común, irradiaba una certeza, una confianza absoluta, inamovible en cuanto al advenimiento del socialismo en el futuro de la humanidad, sentimiento que infundía en todo su alrededor. Confianza sólidamente adquirida en base a su actuar y experiencia histórica. En el polo opuesto estaba Stalin General en jefe de la Contrarrevolución, no se salía de su criminal y burdo "Modus operandi": de difamar, calumniar y asesinar revolucionarios.

Su ilegítimo poder se mantenía en base al terror impuesto por exterminios masivos y la instauración del reino de la mentira, con su ilimitada falsificación histórica, falsificación que es de sus peores crímenes, ya que destruye la invaluable memoria de la humanidad y apaga faros del futuro.

Han transcurrido casi 75 años, tres cuartos de siglo, pero imágenes de gran nitidez permanecen aun inalteradas en mi mente.

Aun parece que sucedió ayer, cuando a mis catorce años en una cálida tarde del 20 de agosto de 1940, regresando de la escuela realizaba mi habitual y larga caminata hacia nuestra casa, al final de la calle de Viena en Coyoacán.

Repentinamente mi despreocupación y tranquilidad fue perturbada, fuerte angustia invadió mi ser. Algo extraño, inusual sucedía allá a lo lejos en nuestra vivienda, el portón abierto de par en par, varios policías en su habitual uniforme azul al frente del mismo y a un lado un coche claro mal estacionado, situación poco usual para las comúnmente tranquilas tardes de la casa. En la entrada del jardín el camarada guardia Harold Robins en estado máximo de excitación, blandiendo la "Colt 38" en la mano derecha- ¡Jackson,

Jacksón!- fue su única exclamación a mi apresurada pregunta de: ¿Qué sucede, que sucede? Pasos adelante, del lado derecho en un recodo del pasillo del jardín, vi a un individuo con la cara ensangrentada sujetado por dos policías que chillaba y aullaba al igual que una rata enjaulada, que de momento no reconocí y después supe era el esposo de la camarada Sylvia Ageloff. Transcurridos unos segundos al entrar a la biblioteca de la casa, por la puerta entreabierta del comedor comprendí de inmediato la dimensión de la tragedia, en el suelo yacía el abuelo con la cabeza toda ensangrentada, con Natalia auxiliada por varios camaradas, aplicándole hielo a una grave herida en la cabeza. “¡Mantengan al niño alejado no debe ver esta escena!”, alcanzó aún a decir dificultosamente a los camaradas guardias que lo rodeaban, cuando oyó mis cercanos pasos en la biblioteca vecina. Tiempo antes de mi llegada, también trabajosamente había indicado: “¡No lo maten debe morir de vejez en la cama!”, cayó en las trincheras de la Revolución Socialistas. Abandonó la vida con la serenidad del deber cumplido, de haber dedicado esta a la tarea –según palabras de él-: “al anhelo más caro del género humano-: La construcción de un mejor mundo, donde las futuras generaciones hayan erradicado toda maldad, opresión y violencia y disfruten la vida en toda su plenitud. León Trotsky tuvo la certeza absoluta inamovible de este logro en el futuro género humano.

Fecha de presentación: 20 de marzo del 2015

Mérida, Yucatán, México

JURISPRUDENCIAS RELEVANTES

ENERO - JUNIO

2015

Época: Décima Época
Registro: 2009201
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Publicación: viernes 22 de mayo de 2015 09:30 h
Materia(s): (Común)
Tesis: 1a. CLXXXIV/2015 (10a.)

INTERÉS LEGÍTIMO. NO SE ACTUALIZA CUANDO LA AFECTACIÓN ALEGADA, DE RESULTAR EXISTENTE, SE EXTIENDA A LA POBLACIÓN EN GENERAL.

Cuando una persona acude al juicio de amparo y alega una afectación jurídica provocada por un acto de autoridad que, en todo caso, es resentida por toda la población en general -y no se involucre un derecho colectivo-, no puede dar lugar al nacimiento de un interés legítimo, por la imposibilidad lógica de identificar un agravio cualificado que surja de una especial situación del quejoso frente al orden jurídico. Por virtud del principio democrático, contenido en el artículo 40 constitucional y del principio de división de poderes, contenido en el artículo 49, debe concluirse que son los órganos democráticos los que deben resolver las inconformidades que son igualmente resentidas por toda la población.

Amparo en revisión 216/2014. Luis Manuel Pérez de Acha y otros. 5 de noviembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

Época: Décima Época
Registro: 2009197
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Publicación: viernes 22 de mayo de 2015 09:30 h
Materia(s): (Común)
Tesis: 1a. CLXXXIII/2015 (10a.)

INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. PARA DETERMINAR SI SE ACREDITA, DEBE RESPONDERSE A LAS PREGUNTAS ¿QUÉ? ¿QUIÉN? Y ¿CUÁNDO?

Una persona que válidamente plantee la impugnación constitucional de una ley en sede judicial debe hacerse tres preguntas para determinar si cuenta con interés legítimo para hacerlo: ¿Qué puede servir de parámetro de control constitucional? ¿Quién puede acudir a combatirla en sede de control judicial? y ¿Cuándo puede hacerlo? Las tres respuestas están en la Constitución. En primer lugar, el artículo 133 establece que la integridad de la Constitución es norma jurídica, la que se constituye en criterio de validez de todo acto de producción normativa, por lo que, por regla general, cualquier fragmento constitucional puede servir de parámetro de control. En segundo lugar, el artículo 103, fracción I, establece que puede acudir al juicio quien, al menos, acredite interés legítimo. Finalmente, de la interpretación sistemática de los artículos 103 y 107, se desprende que una persona puede acudir al juicio de amparo cuando su oposición a la ley adquiera una concreción real, jurídicamente relevante y cualificada en el tiempo, lo que sucede cuando resienta una afectación que no sea hipotética o conjetural, es decir, cuando acudan a alegar afectaciones contemporáneas y definitivas. Las respuestas a cada una de las preguntas identificadas -el qué, el quién y el cuándo- tienen como común denominador la preocupación constitucional de delimitar el poder de revisión judicial de las leyes conforme al principio de división de poderes, para que sólo sea activable cuando esta función sea necesaria para resolver una controversia real, que involucre la suerte de un interés con relevancia jurídica de una persona, de acuerdo a un parámetro jurídico, ya que aquellos actos o afectaciones hipotéticas o condicionadas a un acto contingente pueden ser resueltos por los poderes políticos con legitimidad democrática. Luego, la determinación de no reconocer interés legítimo a la parte quejosa para impugnar una norma legal que no le afecta en el momento actual no constituye una restricción indebida al poder de control constitucional de las leyes, sino el cumplimiento al principio de división de poderes que ordena al poder judicial.

Amparo en revisión 216/2014. Luis Manuel Pérez de Acha y otros. 5 de noviembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

Época: Décima Época
Registro: 2008643
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Publicación: Marzo de 2015
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. XCII/2015 (10a.)

LIBERTAD PERSONAL. ESTATUS CONSTITUCIONAL DE SU RESTRICCIÓN PROVISIONAL.

La libertad es un derecho humano de protección evolutiva que se reconoce formalmente tanto a nivel interno como internacional y que admite diferentes manifestaciones como la libertad personal que, en su ámbito más básico, es entendida como la capacidad de una persona de llevar a cabo sin intromisiones injustificadas sus propios actos, incluyendo la libertad de movimiento o libertad deambulatoria. Ahora, restringiéndose al ámbito de la materia penal, se ha sostenido que para la privación de la libertad de una persona deben concurrir una serie de requisitos constitucionales como la emisión de una orden de aprehensión, un caso de urgencia acreditable por el Ministerio Público o la actualización de un supuesto de flagrancia delictiva. Sin embargo, es notorio que al margen de estos casos, existen afectaciones momentáneas a la libertad que no encuadran dentro de dichas categorías conceptuales y que deben de cumplir con otros parámetros para validar su constitucionalidad. Es decir, las competencias propias de los agentes de seguridad pública implican actos de investigación o de prevención del delito, mismos que necesariamente provocan algún tipo de incidencia o contacto entre agentes del Estado y los habitantes de este país. A este tipo de situaciones se les puede denominar como restricciones provisionales al ejercicio de un derecho, ya que no conllevan una privación del derecho de libertad personal, sino una afectación momentánea de la misma que deberá estar justificada por la autoridad y que en muchos casos tiene como finalidad última la prevención, preservación o consecución de la seguridad pública. En ese tenor, para analizar la validez de estas restricciones, en precedentes de esta Suprema Corte (en específico, el amparo directo en revisión 3463/2012), se ha ideado el concepto de control preventivo provisional, consistente en las diferentes actuaciones de investigación y prevención del delito, el cual es legítimo desde el punto de vista constitucional cuando se realiza en cumplimiento a lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Federal, siempre que se efectúe atendiendo al estándar de excepcionalidad y la concurrencia de una sospecha razonable acreditable caso por caso.

Amparo directo en revisión 1596/2014. 3 de septiembre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

Época: Décima Época
Registro: 2008639
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Publicación: Marzo de 2015
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. XCIV/2015 (10a.)

DETENCIÓN Y RESTRICCIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL. SU INTERRELACIÓN Y DIFERENCIAS CONCEPTUALES.

En materia de seguridad pública existen diferentes niveles de contacto entre la autoridad y las terceras personas para efectos de prevenir, investigar y perseguir las posibles conductas delictivas, en términos del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El primer nivel de contacto es la restricción temporal del ejercicio de un derecho como puede ser la libertad personal, que surge como una afectación momentánea de esa libertad que debe estar justificada constitucionalmente bajo la existencia de una suposición razonable de que se está cometiendo una conducta delictiva. El segundo nivel se origina con la privación de dicho derecho a partir de una detención, el cual se justifica con base en ciertos requisitos constitucionalmente exigidos, entre ellos, la flagrancia. Bajo esa tónica, resulta importante resaltar que no deben confundirse los citados niveles de actuación, pues habrá situaciones en las que restricciones temporales a la libertad personal se conviertan en detenciones, al verificarse en el instante de la restricción la actualización de una conducta delictiva, mientras que en otros casos se agotará la actuación policial en dicha restricción sin que exista propiamente una detención; en ese caso, la suposición razonable deberá acreditarse en su momento por la autoridad para que el juzgador pueda tomar como válidas las consecuencias o pruebas conseguidas a partir de aquél. Dicho lo anterior, podría darse el

supuesto de que un control preventivo provisional tenga una relación directa con una detención en flagrancia, por lo cual esta última no se justificaría si los elementos con los cuales pretende acreditarse derivan o provienen únicamente de una restricción temporal de la libertad personal carente de razonabilidad constitucional; es decir, no es posible justificar en todos los casos la flagrancia a partir de elementos conocidos por una restricción temporal de la libertad de una persona que no se realice de conformidad con los límites establecidos constitucionalmente. En cambio, si la detención en flagrancia es autónoma respecto a la restricción temporal de la libertad, es posible validar la detención sin tener que analizar si el control preventivo provisional se efectuó conforme a los citados lineamientos constitucionales, ya que en ese supuesto nunca hubo restricción temporal, sino directamente detención.

Amparo directo en revisión 1596/2014. 3 de septiembre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular, y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

Época: Décima Época

Registro: 2009348

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 12 de junio de 2015 09:30 h

Materia(s): (Constitucional)

Tesis: 1a. CCV/2015 (10a.)

DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO NO SE AGOTA CON LA INFRAESTRUCTURA BÁSICA ADECUADA DE AQUÉLLA, SINO QUE DEBE COMPRENDER EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. CXLVIII/2014 (10a.), estableció el estándar mínimo de infraestructura básica que debe tener una vivienda adecuada; sin embargo, ello no implica que el derecho fundamental a una vivienda adecuada se agote con dicha infraestructura,

pues en términos de la Observación No. 4 (1991) (E/1992/23), emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, el derecho fundamental referido debe comprender, además de una infraestructura básica adecuada, diversos elementos, entre los cuales está el acceso a ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad y otros servicios sociales, como son los de emergencia, hospitales, clínicas, escuelas, así como la prohibición de establecerlos en lugares contaminados o de proximidad inmediata a fuentes de contaminación. Asimismo, dentro de los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas, se señaló que los Estados debían asegurarse de que las viviendas tengan acceso a la prestación de servicios como recolección de basura, transporte público, servicio de ambulancias o de bomberos. Ahora bien, el derecho a una vivienda adecuada es inherente a la dignidad del ser humano, y elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, pues es necesaria para mantener y fomentar la salud física y mental, el desarrollo adecuado de la persona, la privacidad, así como la participación en actividades laborales, educativas, sociales y culturales. Por ello, una infraestructura básica de nada sirve si no tiene acceso a servicios básicos como son, enunciativa y no limitativamente, los de: iluminación pública, sistemas adecuados de alcantarillado y evacuación de basura, transporte público, emergencia, acceso a medios de comunicación, seguridad y vigilancia, salud, escuelas y centros de trabajo a una distancia razonable. De ahí que si el Estado condiciona el apoyo a la vivienda a que se resida en un lugar determinado, bajo la consideración de que lo hace con la finalidad de satisfacer el derecho fundamental a la vivienda digna y decorosa de los gobernados, la vivienda que otorgue debe cumplir no sólo con una infraestructura básica adecuada, sino también con acceso a los servicios públicos básicos, incluyendo el de seguridad pública ya que, en caso contrario, el Estado no estará cumpliendo con su obligación de proporcionar las condiciones para obtener una vivienda adecuada a sus gobernados.

PRIMERA SALA

Amparo directo en revisión 2441/2014. Mirna Martínez Martínez. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

Nota: La tesis aislada 1a. CXLVIII/2014 (10a.) citada, aparece publicada

en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 11 de abril de 2014 a las 10:09 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 801, con el título y subtítulo: “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.”

Época: Décima Época

Registro: 2008584

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: marzo de 2015

Materia(s): (Constitucional)

Tesis: 1a. P./J. 1/2015 (10a.)

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 360/2013. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Administrativa del Séptimo

Circuito y Segundo en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. 21 de abril de 2014. Unanimidad de once votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Guadalupe M. Ortiz Blanco.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis VII.2o.A.2 K (10a.), de rubro: “DERECHOS HUMANOS. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE SU TITULARIDAD.”, aprobada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 3, marzo de 2013, página 1994, y el sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, al resolver el amparo directo 315/2012.

Nota: De la sentencia que recayó al amparo directo 315/2012, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, derivaron las tesis aisladas IV.2o.A.30 K (10a.) y IV.2o.A.31 K (10a.), de rubros: “PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS PARA SU PROTECCIÓN, EN AQUELLOS SUPUESTOS EN QUE ELLO SEA APLICABLE, CON ARREGLO A SU NATURALEZA.” y “TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE ESE DERECHO DEBE SER IGUAL PARA PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS.”, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Tomo 3, septiembre de 2013, páginas 2628 y 2701, respectivamente.

El Tribunal Pleno, el veinticuatro de febrero en curso, aprobó, con el número 1/2015 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veinticuatro de febrero de dos mil quince.

Ejecutorias:

CONTRADICCIÓN DE TESIS 360/2013.

DERECHOS HUMANOS. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE SU TITULARIDAD.

PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS

HUMANOS Y DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS PARA SU PROTECCIÓN, EN AQUELLOS SUPUESTOS EN QUE ELLO SEA APLICABLE, CON ARREGLO A SU NATURALEZA.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE ESE DERECHO DEBE SER IGUAL PARA PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS.

Esta tesis se publicó el viernes 06 de marzo de 2015 a las 9:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 09 de marzo de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Tobil Revista Jurídica

Terminó de imprimirse en julio de 2015 en los talleres de Grupo Impresor Unicornio S.A. de C.V. Calle No. 506 x 60 y 62, Centro Cp. 97000 Mérida, Yucatán, México

Tobil Revista Jurídica es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mérida, Yucatán, México Tels. 01.999. 9822942 y 01. 999. 9822943

Director Técnico: Abog. Marisol Camacho Ancona
marisol.camacho@correo.uady.mx