

VOTO particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en la sentencia dictada en la Acción de Inconstitucionalidad 38/2006, promovida por el Procurador General de la República en contra de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Secretaría General de Acuerdos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSE RAMON COSSIO DIAZ EN LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 38/2006.

I. Antecedentes.

El Procurador General de la República promovió esta acción de inconstitucionalidad y solicitó la invalidez de los artículos 5o., fracción VII; 91, párrafos primero y segundo; y, 12, fracción II todos de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente¹, por considerar que violaban los artículos 49; 89, fracción II; y, 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al imponer, a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente la obligación de presentar un informe anual al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de su función; establecer la intervención del Senado de la República y de la Comisión Permanente, en su caso, en la designación del Procurador de la Defensa del Contribuyente de entre la terna propuesta por el Ejecutivo; y finalmente, por otorgar la facultad exclusiva a la Cámara de Senadores y en su ausencia, a la Comisión Permanente para efectuar el nombramiento de los consejeros integrantes del órgano de Gobierno de la mencionada Procuraduría. El promovente de la acción señaló que, de conformidad con el artículo 89, fracción II, constitucional, dicha atribución corresponde en exclusiva al titular del Poder Ejecutivo Federal.

II. Sentencia de la Corte.

El veintiséis de febrero de dos mil ocho, el Tribunal Pleno resolvió lo siguiente: a) por mayoría de diez votos², declaró la invalidez del artículo 5o., fracción VII de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente; b) desestimó la acción de inconstitucionalidad respecto de la impugnación del artículo 9o., párrafos primero y segundo de la misma ley, por no haberse alcanzado la votación requerida³ para declarar la invalidez, pues únicamente siete de los señores ministros argumentaron razones sobre la inconstitucionalidad de dicho precepto; y, c) por unanimidad de once votos, declaró la invalidez del artículo 12, fracción II, del mismo ordenamiento legal.

Dado que mi votación relativa a los artículos 5o., fracción VII y 12, fracción II, fue con la mayoría tanto en el sentido como en las consideraciones, el presente voto versará únicamente sobre el artículo 9o., párrafos primero y segundo, respecto del cual considero que es inconstitucional.

III. Opinión.

Las razones por las que estimo que el artículo 9o., párrafos primero y segundo de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, es inconstitucional las explicaré en los siguientes apartados:

¹ "Artículo 5o.- Corresponderá a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente:

[...].

VII. Informar anualmente al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de su función y comparecer siempre que sea convocado para ese efecto, ante el Pleno o las Comisiones camerales correspondientes;

[...]."

"Artículo 9o.- La designación del Procurador de la Defensa del Contribuyente, será realizada por el Senado de la República o, en su caso, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, de entre la terna que someta a su consideración el Presidente de la República.

El Procurador de la Defensa del Contribuyente durará en su encargo cuatro años y podrá ser ratificado para un segundo período. Podrá ser destituido y sujeto a responsabilidad por las causas y conforme a las disposiciones aplicables de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudiere incurrir.

[...]."

"Artículo. 12.- El Organismo de Gobierno de la Procuraduría es un cuerpo colegiado que se integra de la siguiente manera:

[...].

II.- Seis consejeros independientes, los cuales serán designados por el Senado de la República o, en su caso, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

[...]."

² Dictada en la sesión pública de veintiséis de febrero de dos mil ocho. Votaron a favor del proyecto los Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Ortiz Mayagoitia. Votó en contra el Ministro Silva Meza, reservándose su derecho para formular voto particular.

³ Votaron a favor, conformando una mayoría de siete votos, los Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Franco González Salas, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia. Votaron en contra los Ministros Luna Ramos, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero y Silva Meza, reservándose su derecho para formular voto particular o de minoría. Asimismo los Ministros Aguirre Anguiano, Franco González Salas, Valls Hernández y el suscrito, nos reservamos el derecho de formular votos concurrentes o voto concurrente conjunto.

1. Cuestión a resolver.

El tema a dilucidar en esta acción de inconstitucionalidad puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿Puede intervenir el Senado de la República en la aprobación de los nombramientos de funcionarios de órganos de la administración pública federal?

Desde mi perspectiva, creo que esta pregunta no tiene una respuesta que se pueda dar en términos absolutos, sino que debe analizarse en qué casos sí puede hacerlo y en cuáles no y para ello, conviene aludir en principio y de manera muy general, a la administración pública federal.

2. Administración pública federal.

De acuerdo con el artículo 90 constitucional⁴, en nuestro país la administración pública federal es centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso de la Unión⁵. En esa ley se establecen las bases generales para la organización de la administración pública federal centralizada y paraestatal. En la práctica, la organización y el desarrollo de la administración pública federal se lleva a cabo a través de cuatro formas diversas: centralización, desconcentración, descentralización y empresas de participación estatal y sus características particulares son:

a) Centralización administrativa. En esta forma de organización las entidades centralizadas se encuentran relacionadas entre sí por un vínculo jerárquico constante. La cúspide es el Presidente de la República. Las órdenes y la toma de decisiones descienden invariablemente del órgano mayor al inferior. El régimen jerárquico mantiene la unidad de la Administración Pública. Hay control directo del poder central. En este régimen se encuentran las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica⁶.

b) Desconcentración administrativa. Esta forma de organización surge en la década de los setenta, por el incremento poblacional y la consecuente necesidad de prestar a los ciudadanos de una manera más rápida los servicios públicos, ya que la centralización administrativa, dado su carácter netamente jerarquizado y rígido, impedía que se pudieran tomar decisiones expeditas. La desconcentración surge como un medio para facilitar el dinamismo de la actividad de determinados órganos de la administración.

Desconcentrar es un procedimiento administrativo para facilitar la ejecución de las leyes administrativas, pero los órganos superiores conservan íntegramente sus poderes de mando, control, revisión, decisión, vigilancia, etcétera, cuya finalidad es aligerar la acumulación de asuntos del Poder Central, con beneficio del propio servicio público y de los particulares.

Las características de los órganos desconcentrados son las siguientes: 1) son inferiores y subordinados al poder central; 2) se les asignan competencias exclusivas, que se ejercen dentro de las facultades del Gobierno Federal; 3) tienen libertad de acción en trámite y decisión; 4) sí existe vínculo jerárquico, aunque atenuado, pues el poder central se reserva amplias facultades de mando, decisión, vigilancia y competencia, ya que fija la política, desarrollo y orientación de los órganos desconcentrados para mantener la unidad y desarrollo de la acción de la administración pública federal; 5) no tienen autonomía económica, su mantenimiento corre a cargo del Presupuesto de Egresos o de la institución que lo crea —algunos gozan de manejo autónomo de su patrimonio—; y 6) la autonomía técnica es su verdadera justificación —otorgamiento de facultades de decisión limitadas—.

c) Descentralización administrativa. Los organismos descentralizados están regulados por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y por la Ley Federal de Entidades Paraestatales. Las entidades que componen la administración pública paraestatal son: los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos⁷.

⁴ "Artículo 90.- La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación. Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado".

⁵ "Artículo 10.- La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal".

⁶ La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada (Artículo 10, párrafo 2o de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

⁷ Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal (Artículo 10, párrafo 3o de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

Las características de los órganos descentralizados son: 1) se crea una personal moral, siempre por ley o decreto del Ejecutivo; 2) se les asignan competencias exclusivas, para la atención de un fin de interés general o un servicio público determinado; 3) tienen autonomía orgánica y técnica; 4) tienen personalidad jurídica propia —independiente de la personalidad de la administración pública—; 5) tienen patrimonio propio —sus bienes son del Estado, pero están sometidos a un régimen jurídico especial, pues cuando desaparecen dichos órganos, los bienes vuelven al patrimonio del Estado—; 6) tienen una relación de tutela *sui generis* respecto de la administración pública federal, que no es jerarquía (el poder central conserva su poder de vigilancia para el control de los órganos descentralizados); y 7) tienen poder de decisión.

d) Empresas de participación estatal. Las empresas de participación estatal mayoritaria son: 1) las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica; 2) las sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos: i) que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social; ii) que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o iii) que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno⁸.

Una vez precisadas las características básicas de las formas de organización de la Administración Pública Federal, me centraré en la cuestión a resolver —¿Puede intervenir el Senado de la República en la aprobación de los nombramientos de funcionarios de órganos de la administración pública federal?—, atendiendo únicamente a las formas de organización administrativa que para el caso nos interesan —órganos desconcentrados y órganos descentralizados—.

3. Organos desconcentrados.

Originalmente no existía la desconcentración administrativa, únicamente existían órganos centralizados que desde sus oficinas centrales realizaban las funciones públicas, sin embargo, debido al incremento poblacional y a la consecuente necesidad de prestar a los ciudadanos de una manera más rápida los servicios públicos, surge la desconcentración como un medio para facilitar el dinamismo de la actividad de determinados órganos de la administración, pues la centralización administrativa, dado su carácter netamente jerarquizado y rígido, impedía que se pudieran tomar decisiones expeditas.

Así entonces, la desconcentración administrativa surge como un mecanismo para facilitar y hacer más expedito, el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, pero siempre dentro de la misma estructura de la administración pública centralizada.

Lo anterior se corrobora con lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que dispone que para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine.

En este sentido, es innegable que los órganos desconcentrados forman parte del Poder Ejecutivo Federal, con todas las características de la organización centralizada, pues forman parte de la misma esfera jurídica de competencia.

⁸ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. "Artículo 46.- Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

I.- Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica;

II.- Las Sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:

A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.

B) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

Se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles así como las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal o servidores Públicos Federales que participen en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes".

Por tanto, en la administración centralizada no puede haber una ingerencia por parte del Congreso de la Unión, de alguna de sus Cámaras o de la Comisión Permanente, en lo relativo a la intervención o participación en el nombramiento y designación de los integrantes de los órganos desconcentrados, pues ello es facultad única y exclusiva del ámbito interno del Ejecutivo Federal y es justo a éste, al único que le corresponde nombrar libremente a los funcionarios que están dentro de su organización. Aceptar lo contrario implicaría permitir que se rompiera la estructura básica del principio de división de poderes que existe en un nuestro país, dado que se estaría generando una intromisión de un poder a otro.

Así entonces, tratándose de órganos desconcentrados de la administración pública federal, en ningún caso, el Congreso de la Unión, alguna de sus Cámaras o la Comisión Permanente, podrá tener ingerencia o intervención alguna en el nombramiento o designación de funcionarios de la administración pública federal centralizada.

4. Organos descentralizados.

Anteriormente señalé que de acuerdo con el artículo 90 constitucional, en nuestro país la administración pública federal es centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso de la Unión. En esa ley se establecen las bases generales para la creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación. Asimismo, este precepto constitucional, dispone que las leyes determinaran las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, entre otros.

Este precepto constitucional, desde su texto original⁹ a la fecha, únicamente ha tenido una reforma —abril de mil novecientos ochenta y uno, que dio origen al texto actual¹⁰—, y de un análisis del procedimiento legislativo de la misma se aprecia que únicamente en el dictamen de la Cámara de Diputados se señaló que lo que se buscaba era racionalizar el tema de la administración manteniéndolo con una nota distintiva de subordinación al gobierno¹¹.

Así, actualmente el artículo 90 constitucional dispone que la ley definirá las bases de creación de las entidades paraestatales y la intervención que tendrá el Ejecutivo Federal en su operación, así como las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre ellas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos.

De lo anterior, estimo que hay una reserva material evidentemente para efecto de que el Congreso de la Unión pueda legislar en materia de administración pública centralizada o paraestatal, pero sin vaciar de contenido lo que es la administración que coadyuva en las funciones del Ejecutivo Federal.

En mi opinión, los elementos materiales que están planteados en el propio artículo 90 constitucional, a los que se les debe dar contenido son los siguientes:

- a) La existencia de una ley del Congreso de la Unión.
- b) La existencia de una competencia del Congreso de la Unión para hacerlo.
- c) La definición de bases generales de creación en las leyes.
- d) La determinación de la intervención del Ejecutivo en la “operación”.
- e) La determinación de las “relaciones” entre las paraestatales y el Ejecutivo Federal.

Me centraré en el desarrollo de las formas de intervención en la “operación” y las “relaciones” entre las paraestatales y el Ejecutivo Federal, pues este es el punto central para el caso.

En lo referente a las formas de intervención del Ejecutivo Federal en la “operación” de las entidades paraestatales, estimo que su definición no es complicada, pues basta que la ley determine “las formas en las que el Ejecutivo Federal podrá intervenir” en la integración y operación de dichos organismos para la consecución de los fines para los que han sido creados. Es decir, la ley debe contener los mecanismos a

⁹ El texto original del artículo 90 constitucional era: “Art. 90.- Para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, habrá un número de Secretarías que establezca el Congreso por una ley, la que distribuirá los negocios que han de estar a cargo de cada Secretaría”.

¹⁰ El texto actual del artículo 90 constitucional es: “Artículo 90.- La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado”.

¹¹ Al respecto se lee textualmente: “... requiere que se determinen, a nivel constitucional, los fundamentos para definir las peculiaridades de las entidades paraestatales y la intervención del Jefe del Ejecutivo Federal, y de los Secretarías de Estado y Jefes de los Departamentos Administrativos, para prever las modalidades de su creación, su operatividad y control, con el propósito de obtener mayor coherencia en sus tareas y evitar desperdicios y contradicciones en su actuación”.

seguir para que el Ejecutivo Federal intervenga en la integración y operación de las entidades paraestatales. En mi opinión, este concepto se actualiza prácticamente en el sistema de designación de sus integrantes, el cual puede ser por ejemplo, con la facultad de presentar ternas de candidatos a integrantes.

Sin embargo, ¿qué pasa respecto de las “relaciones” que deben guardarse entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal? Esto sí me parece un tema un poco más complicado. En principio para poder abordar esta cuestión conviene preguntarse en términos generales ¿el Congreso de la Unión puede crear los órganos que quiera dentro de la administración pública federal, o existen ciertas constricciones constitucionales en ese sentido? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta es que el Congreso no puede generar los órganos que quiera, hay ciertos cartabones, ciertas formas constitucionales que están establecidas y que debe observar.

Estos cartabones que deben observarse son que cuando genere un órgano paraestatal, tiene que garantizar un esquema de “relaciones” entre el Presidente de la República y los organismos paraestatales; porque de no hacerlo así, entonces simplemente se crea un órgano con un grado tal de autonomía respecto del Ejecutivo Federal, que difícilmente se puede denominar como un órgano de carácter paraestatal.

En este aspecto, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales¹², que es la norma que desarrolla directamente los párrafos del artículo 90 constitucional, tiene algunas características y señala que las relaciones del Ejecutivo Federal o de sus dependencias con las entidades paraestatales —en cuanto unidades auxiliares de la administración pública federal—, se sujetarán en primer término a lo establecido en la propia ley y sus disposiciones reglamentarias y sólo en lo no previsto a otras disposiciones según la materia que corresponda.

Entonces, sí hay una determinación legal establecida por el propio legislador para efecto de que sea la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la que actúe como marco de regulación general de las entidades paraestatales y por tanto, las leyes que en particular se emitan, tienen que acogerse a este marco.

De todo lo anterior, estimo que la respuesta a nuestra interrogante principal —¿Puede intervenir el Senado de la República en la aprobación de los nombramientos de funcionarios de órganos de la administración pública federal?—, es en el sentido de que tratándose de órganos descentralizados de la Administración Pública Federal, sí puede. Sí es posible que el Senado de la República participe o intervenga en este procedimiento en términos de lo dispuesto por el artículo 90 constitucional, es decir, siempre y cuando no rebase los conceptos “operación” y “relación”.

Ahora, conviene señalar que no sólo por el hecho de que se trate de organismos descentralizados de la administración pública federal y se respeten los conceptos de “operación” y “relación”, la intervención del Poder Legislativo puede ser en todos los casos de organismos descentralizados.

En mi opinión, atendiendo al esquema general de nuestra Constitución Federal, existen algunos otros criterios constitucionales que permiten determinar qué límites adicionales existen, por lo que tratándose de la intervención del Senado de la República en la aprobación de los nombramientos de funcionarios de organismos descentralizados de la administración pública federal, deberá analizarse caso por caso.

En efecto, los límites constitucionales adicionales, en mi concepto son los siguientes: Primero. Que el tema tenga un cierto grado de delegación constitucional, si no tiene delegación constitucional alguna, pues eso no tiene ningún sentido. Segundo. Que la función que deba realizar el órgano respecto del cual deban hacerse los nombramientos se caracterice por la implementación directa de normas de desarrollo, que tengan una entidad particular dentro de la Constitución Federal, donde se da esta cuestión de normas que tengan la entidad de desarrollar ciertas funciones, que están establecidas en la propia Constitución con un cierto grado.

Estos límites me parece que están dados en los casos en los que se van a regular actividades en las que: a) se realicen políticas públicas, b) se hagan mediante normas generales que afecten a particulares y c) respeto de actividades específicamente previstas en la Constitución.

Pondré algunos ejemplos respecto de lo anterior: a) la competencia económica tiene un estatus constitucional calificado en los artículos 28 y 73 constitucionales; b) la energía tiene un estatus constitucional en los artículos 25, 27 y 28; c) las telecomunicaciones tienen un estatus particular en los artículos 25, 27 y 28, etcétera.

¹² El artículo 1o de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales establece: “Artículo 1o.- La presente Ley, Reglamentaria en lo conducente del artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene por objeto regular la organización, funcionamiento y control de las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal. Las relaciones del Ejecutivo Federal, o de sus dependencias, con las entidades paraestatales, en cuanto unidades auxiliares de la Administración Pública Federal, se sujetarán, en primer término, a lo establecido en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias y, sólo en lo no previsto, a otras disposiciones según la materia que corresponda”.

Consecuentemente, cuando el Congreso de la Unión genera una ley que permite a una de sus Cámaras la intervención en una “actividad sustantiva” dentro de la Constitución y que además afecte a los particulares —es decir no sea una reglamentación *ad intra*—, sí me parece que se puede dar una colaboración entre poderes en términos de la integración del órgano descentralizado.

Por tanto y de conformidad con todo lo anterior, estimo que tratándose de organismos descentralizados de la administración pública federal, es válido que el Congreso de la Unión mediante ley ordinaria, establezca la intervención de alguna de sus Cámaras o de la Comisión Permanente, para la designación de los integrantes de este tipo de organismos cuando: a) se trate de un órgano descentralizado; b) no se afecten los criterios de “operación” y “relación” y c) dicho organismo realice actividades sustantivas del Estado. Por lo que, reitero, siempre se deberá analizar caso por caso, según el organismo descentralizado de que se trate.

5. Análisis del caso concreto —Procuraduría de la Defensa del Contribuyente—.

Conviene recordar que en la acción de inconstitucionalidad de la que deriva el presente voto, el Procurador General de la República solicitó la invalidez de los artículos 5o., fracción VII; 9o., párrafos primero y segundo; y, 12, fracción II, todos de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, por considerar que violaban los artículos 49, 89, fracción II y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al imponer, a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente la obligación de presentar un informe anual al Congreso de la Unión, sobre el ejercicio de su función, establecer la intervención del Senado de la República y de la Comisión Permanente, en su caso, en la designación del Procurador de la Defensa del Contribuyente de entre la terna propuesta por el Ejecutivo, así como la facultad exclusiva de la Cámara de Senadores y en su ausencia, de la Comisión Permanente el nombramiento de los consejeros integrantes del órgano de Gobierno de la mencionada Procuraduría.

El artículo 9o impugnado —materia de este voto—, señala lo siguiente:

“Artículo 9.- La designación del Procurador de la Defensa del Contribuyente, será realizada por el Senado de la República o, en su caso, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, de entre la terna que someta a su consideración el Presidente de la República.

El Procurador de la Defensa del Contribuyente durará en su encargo cuatro años y podrá ser ratificado para un segundo período. Podrá ser destituido y sujeto a responsabilidad por las causas y conforme a las disposiciones aplicables de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudiere incurrir.

[...]”.

A efecto de explicar si en este caso resulta o no constitucional que el Congreso de la Unión vía ley ordinaria, establezca la posibilidad de intervención de una de sus Cámaras —Senadores— o en su caso la Comisión Permanente, para poder designar, de entre una terna propuesta por el Ejecutivo, al Procurador de la Defensa del Contribuyente, es necesario analizar si se cumplen los requisitos a que me referí en el apartado anterior: a) que se trate de un órgano descentralizado; b) que no se afecten los criterios de “operación” y “relación” y c) que dicho organismo realice actividades sustantivas del Estado.

a) Naturaleza del órgano. Según el artículo 2o de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, dicha Procuraduría es un organismo público descentralizado, no sectorizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, así como de autonomía técnica y de gestión, cuya función es garantizar el derecho de los contribuyentes a recibir justicia en materia fiscal en el orden federal, mediante la asesoría, representación y defensa, recepción de quejas y emisión de recomendaciones¹³. Por lo tanto, se cumple con el primero de los requisitos.

b) Criterios de “operación” y “relación”. El segundo requisito en mi opinión también se cumple, en atención a lo siguiente.

El legislador federal al expedir la Ley que crea la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente sí estableció las formas tanto de “operación” como de “relación” que tendría el Ejecutivo Federal con la mencionada Procuraduría.

¹³ Lo anterior se encuentra establecido en los siguientes artículos de la referida Ley Orgánica:

“Artículo 1.- La presente Ley es de orden público, de aplicación en todo el territorio nacional y tiene por objeto regular la organización y el funcionamiento de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, a fin de garantizar el derecho de los contribuyentes a recibir justicia en materia fiscal en el orden federal, mediante la asesoría, representación y defensa, recepción de quejas y emisión de recomendaciones en los términos que este mismo ordenamiento establece”.

“Artículo 2.- La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente es un organismo público descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con autonomía técnica, funcional y de gestión.

[...]”.

Lo anterior lo estimo así ya que en el propio precepto impugnado —9o párrafo primero—, se dispone que el Poder Ejecutivo Federal propondría una terna de entre la cual, la Cámara de Senadores, o en su caso, la Comisión Permanente, designaría al titular de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente. Esto, en mi opinión, es el otorgamiento de una facultad relacionada a la designación del titular de dicho órgano, lo cual corresponde a la forma de “operación” del Ejecutivo Federal con dicho órgano descentralizado, pues recordemos que la ley debe determinar “las formas en las que el Ejecutivo Federal podrá intervenir” en la integración y operación de dichos organismos para la consecución de los fines para los que han sido creados.

Por lo que se refiere al establecimiento legal de las formas de “relación” entre el Ejecutivo Federal y la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, también se cumple ya que del análisis de la ley se advierte que el titular del Organismo de Control¹⁴ de la Procuraduría será designado por la Secretaría de la Función Pública en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. También, en el mismo artículo, se establece que el actuar de dicho órgano se regirá por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y otros ordenamientos jurídicos aplicables de conformidad con el Reglamento Interior de la mencionada Secretaría.

Es decir, en la propia ley el legislador federal estableció las formas de “relación” entre el Ejecutivo Federal y la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.

c) Función sustantiva. Finalmente se debe analizar si la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, realiza una función sustantiva del Estado o no.

En mi opinión y después de un análisis integral de la ley relativa, no encuentro que la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente cumpla ninguna función sustantiva en términos constitucionales, puesto que su función es coadyuvar a los ciudadanos en los problemas o controversias que puedan derivarse del cumplimiento de las obligaciones fiscales que se establecen en la Constitución Federal, mediante la asesoría, representación y defensa, recepción de quejas y emisión de recomendaciones en la materia.

Sin embargo, ¿cuál es la función sustantiva establecida en la Constitución Federal que cumple la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente? A mi modo de ver, ninguna. Si fuera un órgano regulador de la materia fiscal¹⁵ —lo cual sería muy peligroso y no deseable—, podría estar encajonada o relacionada con el artículo 31, fracción IV de la Constitución Federal, pero en el caso, no es así y por tanto, no realiza ninguna de estas funciones.

¹⁴ “Artículo 14.- La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente tendrá un Organismo Interno de Control, cuyo titular será designado por la Secretaría de la Función Pública en términos de lo dispuesto por el artículo 37, fracción XII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y se auxiliará, en el ejercicio de sus facultades, por los titulares de las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades, designados en los mismos términos.

El Organismo Interno de Control, su Titular y los titulares de las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades, desarrollarán sus funciones conforme a las atribuciones que les confiere la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y otros ordenamientos jurídicos aplicables de conformidad con el Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública”.

¹⁵ En el derecho mexicano existe el principio de división funcional de atribuciones que establece la forma de separación funcional entre los distintos actores constitucionales. Así, el Poder Ejecutivo tiene funcionalmente atribuida la función ejecutiva (dirección de la política pública de ejecución) y la función de desarrollo normativo de las leyes emitidas por el Congreso (facultad reglamentaria). En este sentido, el Ejecutivo no puede delegar sus facultades normativas en órganos subordinados excepto cuando la misma sea una exigencia técnica para el cumplimiento cabal de la función y no esté en sentido estricto “innovando” en relación a la legislación que aplica (normas técnico operativas). Por tanto, el Poder Ejecutivo solo tiene la facultad de crear los órganos para la ejecución de facultades previamente otorgadas, pero no para la creación de facultades autónomas.

Por su parte, el Poder Legislativo mediante ley puede, de manera directa, crear órganos dentro de la estructura de la administración pública que no dependan directamente del Poder Ejecutivo ya que los mismos realizan funciones, que si bien tienen estrecha relación con la política pública desarrollada por el Ejecutivo, no son delegadas desde el Poder Ejecutivo mismo, sino originarias establecidas directamente de la legislación que los crea. Así, la justificación de estos “órganos reguladores” es precisamente la atribución de regulación o decisión (técnicas) de un ámbito específico en el cual, si bien existe un sector de la administración que toma decisiones políticas, se requiere de un órgano autónomo para implementarlas de manera objetiva y regular técnica y objetivamente el sector de dirección estatal que tiene relación directa con los ciudadanos. Cabe señalar que este tipo de órganos no son creados únicamente por la libre voluntad del legislativo, sino que únicamente podrá hacerlo en aquellas ramas de la administración donde tiene competencia específica para legislar, por ello, se trata de una función totalmente instrumental y no proviene de ninguna pretensión de intromisión o predominancia política sobre el Ejecutivo, o de la parlamentarización del sistema.

Incluso, al analizar las atribuciones de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente¹⁶, vemos que actúa como un intermediario entre la autoridad fiscal y los contribuyentes, que los representa, con el fin de garantizar el derecho que tienen a recibir justicia en materia fiscal, así como de mejorar, a través de recomendaciones y propuestas, la regulación de la materia en aras de mejorar la defensa de los derechos y la seguridad jurídica de los contribuyentes.

Por estas razones me parece que el hecho de que se faculte al Senado de la República para intervenir en una actividad de conformación del órgano descentralizado que no realiza una función sustantiva, caracterizada por el Estado, sí constituye una intromisión en el manejo que tiene el Presidente de la República de la Administración Pública, en este sentido paraestatal; y al hacer aplicable el criterio de división de poderes en este caso concreto y atendiendo a los precedentes que ha sustentado la Suprema Corte, me parece que nos encontramos ante una intromisión.

IV. Conclusión.

Solamente me queda reiterar que el único caso en que el Senado de la República puede intervenir en nombramientos de integrantes de la administración pública federal, es cuando: a) se trate de un órgano descentralizado; b) que no se afecten los criterios de "operación" y "relación" del artículo 90 constitucional; y c) que realice actividades sustantivas del Estado. Debiendo analizarse caso por caso, cada uno de estos requisitos.

El Ministro **José Ramón Cossío Díaz**.- Rúbrica.

EL CIUDADANO LICENCIADO **JOSE JAVIER AGUILAR DOMINGUEZ**, SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, CERTIFICA: Que esta fotocopia constante de diez fojas útiles, concuerda fiel y exactamente con su original que corresponde al voto particular que formula el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz en la sentencia de veintiséis de febrero del año en curso dictada en la acción de inconstitucionalidad 38/2006, promovida por el Procurador General de la República en contra de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Se certifica para su publicación en el Diario Oficial de la Federación.- México, Distrito Federal, a doce de diciembre de dos mil ocho.- Rúbrica.

¹⁶ Artículo 5.- Corresponderá a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente:

- I.- Atender y resolver las solicitudes de asesoría y consulta que le presenten los contribuyentes por actos de las autoridades fiscales federales;
 - II.- Representar al contribuyente ante la autoridad correspondiente, promoviendo a su nombre los recursos administrativos procedentes y en su caso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ejerciendo las acciones a que haya lugar, deduciendo con oportunidad y eficacia los derechos de sus representados, hasta su total resolución;
 - III.- Conocer e investigar de las quejas de los contribuyentes afectados por los actos de las autoridades fiscales federales por presuntas violaciones a sus derechos, en los términos de la presente Ley y, en su caso, formular recomendaciones públicas no vinculatorias, respecto a la legalidad de los actos de dichas autoridades;
 - IV.- Impulsar con las autoridades fiscales de la Federación, una actuación de respeto y equidad para con los contribuyentes, así como la disposición de información actualizada que oriente y auxilie a los contribuyentes acerca de sus obligaciones, derechos y medios de defensa de que disponen;
 - V.- Promover el estudio, la enseñanza y la divulgación de las disposiciones fiscales, particularmente las relativas a garantías, elementos del acto administrativo, facultades de las autoridades competentes, procedimientos y medios de defensa al alcance del contribuyente;
 - VI.- Instalar el Servicio Profesional de Carrera para los asesores y personal jurídico, tomando como base los principios de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal;
 - VII.- Informar anualmente al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de su función y comparecer siempre que sea convocado para ese efecto, ante el Pleno o las Comisiones camerales correspondientes;
 - VIII.- Imponer las multas en los supuestos y montos que en esta Ley se establecen;
 - IX.- Recabar y analizar la información necesaria sobre las quejas y reclamaciones interpuestas, con el propósito de verificar que la actuación de la autoridad fiscal esté apegada a Derecho a fin de proponer, en su caso, la recomendación o adopción de las medidas correctivas necesarias, así como denunciar ante las autoridades competentes la posible comisión de delitos, así como de actos que puedan dar lugar a responsabilidad civil o administrativa de las autoridades fiscales federales;
 - X.- Proponer al Servicio de Administración Tributaria las modificaciones normativas internas para mejorar la defensa de los derechos y seguridad jurídica de los contribuyentes;
 - XI.- Identificar los problemas de carácter sistémico que ocasionen perjuicios a los contribuyentes, a efecto de proponer al Servicio de Administración Tributaria las recomendaciones correspondientes;
 - XII.- Emitir opinión sobre la interpretación de las disposiciones fiscales y aduaneras cuando así se lo solicite el Servicio de Administración Tributaria;
 - XIII.- Emitir su Estatuto Orgánico;
 - XIV.- Convocar y realizar reuniones periódicas con las autoridades fiscales federales, quienes estarán obligadas a participar, cuando así se los solicite la Procuraduría en las reuniones que al efecto se programen, para formularle sugerencias respecto de sus actividades, así como, de advertir o prevenir la comisión de cualquier acto ilegal en perjuicio de una persona o grupo de personas, o de proponerles se eviten perjuicios o se reparen los daños causados a éstos con su ilegal emisión, o por cualquier causa que la justifique. A tales reuniones podrán asistir, e intervenir, en compañía del personal de la Procuraduría, los sindicatos, y representantes de colegios profesionales, grupos organizados de consumidores, sindicatos, cámaras empresariales y sus confederaciones y, en general, de grupos de contribuyentes legalmente constituidos, quienes habrán de acreditarse oportunamente ante la Procuraduría;
 - XV.- Fomentar y difundir una nueva cultura contributiva realizando campañas de comunicación y difusión social respecto de los derechos y garantías de los contribuyentes, proponiendo mecanismos que alienten a éstos a cumplir voluntariamente con sus obligaciones tributarias, de las atribuciones y límites de las autoridades fiscales federales, quienes deberán actuar en estricto apego a la legalidad;
 - XVI.- Proponer a la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados modificaciones a las disposiciones fiscales, y
 - XVII.- Las atribuciones que deriven de otros ordenamientos.
- [...].