

PODER JUDICIAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

VOTO particular que formula el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel 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 SEÑOR MINISTRO GENARO DAVID GONGORA PIMENTEL EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL PLENO QUE RESOLVIO LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 38/2006, PROMOVIDA POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA.

En la acción de inconstitucionalidad al rubro citada, la promovente demandó la invalidez de los artículos 5o. fracción VII, 9o. párrafos primero y segundo, y 12, fracción II, de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, publicada en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de septiembre de dos mil seis.

Con fecha veinticinco de febrero de dos mil ocho, el Pleno de este Alto Tribunal resolvió declarar la invalidez del artículo 5o. fracción VII, y 12, fracción II, ambos de la Ley Orgánica antes referida.

Asimismo, por mayoría de siete votos se aprobó la propuesta de declarar la inconstitucionalidad del artículo 9o. párrafos primero y segundo del ordenamiento antes señalado; no obstante, toda vez que no fue alcanzada la votación requerida por el artículo 72 de la ley reglamentaria de la materia, se desestimó la acción de inconstitucionalidad por lo que a este precepto se refiere.

En relación con lo anterior, no comparto la postura de la mayoría desestimante, considero que debió reconocerse la validez del artículo 9o. en comento de conformidad con las consideraciones que a continuación expongo:

1) En primer lugar, estimo que el desarrollo y estudio de la acción de inconstitucionalidad 38/2006, debió partir del criterio aprobado por este Alto Tribunal en la acción de inconstitucionalidad 32/2006 en la que se señaló que la disposición contenida en el artículo 16 de la Ley que crea la Agencia de Noticias del Estado Mexicano, para que el Senado o, en su caso, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión "objeten" la designación del Director General de la Agencia que realice el Presidente de la República, no viola el artículo 89, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos porque se trata de un **organismo descentralizado** que si bien forma parte de la administración pública federal, no se ubica dentro de la administración pública centralizada y, por tanto, no existe entre este organismo y el Titular del Poder Ejecutivo una relación de subordinación jerárquica y, porque **la función que tiene encomendada tal organismo se vincula de manera razonable con un derecho constitucionalmente relevante.**¹

¹ AGENCIA DE NOTICIAS DEL ESTADO MEXICANO. LA OBJECION A LA DESIGNACION DE SU DIRECTOR GENERAL POR EL SENADO O, EN SU CASO, POR LA COMISION PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA UNION, NO VIOLA EL ARTICULO 89, FRACCION II, DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La disposición contenida en el artículo 16 de la Ley que crea la Agencia de Noticias del Estado Mexicano, para que el Senado o, en su caso, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión "objeten" la designación del Director General de la Agencia que realice el Presidente de la República, no viola el artículo 89, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos porque, se trata de un organismo descentralizado que, si bien forma parte de la administración pública federal, no se ubica dentro de la administración pública centralizada y, por tanto, no existe entre este organismo y el Titular del Poder Ejecutivo una relación de subordinación jerárquica y, porque la función que tiene encomendada tal organismo se vincula con un derecho constitucionalmente relevante, como es el de acceso a la información contemplado en el artículo 6o. de la Constitución Federal y, por ende, para cumplir con dicha finalidad de tutelar tal derecho fundamental, es razonable la instrumentación de un esquema de neutralización de los actores políticos, a fin de asegurar que la información que se genere sea imparcial. Por consiguiente, la objeción del Senado o, en su caso, de la Comisión Permanente respecto a la designación indicada resulta una vía adecuada para alcanzar la plena autonomía de la Agencia de Noticias del Estado Mexicano, pues existe participación razonable de ambos poderes y no se produce un desplazamiento o usurpación de las funciones del Ejecutivo, ya que, en principio, la tutela del derecho fundamental de acceso a la información no le corresponde en exclusiva; asimismo, tal mecanismo constituye un contrapeso inter-órganos, por el que pretende evitarse que el nombramiento del servidor público que ocupe ese cargo quede a voluntad absoluta del Presidente de la República, y a posibles censuras en cuanto a la emisión de la información, dado que si en esa designación participan el Presidente de la República y el Senado o la Comisión Permanente, existe un elemento de mayor seguridad para que el referido Director General lleve a cabo su función con plena confianza y libertad, toda vez que, tanto legal como legítimamente, su nombramiento cuenta con el respaldo de dos órganos detentadores de distintos poderes de la Unión, los que, en determinado momento, pueden neutralizarse ante una posible censura o intervención del otro en la actividad de protección de la información que corresponde a la Agencia, redundando ello en beneficio de los principios de libertad de expresión, información y prensa contenidos en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Además, la "objeción" al nombramiento realizado por el Presidente de la República debe entenderse como una facultad sujeta en todo caso a los requisitos que la propia ley establece para ocupar el cargo en cuestión y debe estar debidamente fundada y motivada. P./J. 95/2007, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, diciembre de 2007, Novena Época, Pleno, página 863.

En el caso, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente tiene la naturaleza de un organismo descentralizado no sectorizado, por lo que las consideraciones de la ejecutoria debieron haber partido o en su caso, justificar su apartamiento del precedente antes mencionado.

2) En segundo lugar, como he referido en otras ocasiones, se han creado en nuestro sistema jurídico ciertos órganos aislados del poder político, asimilables a lo que en otras latitudes se conoce como agencias independientes, lo cual ha sido producto tanto de la democratización de nuestra sociedad, la desconcentración del poder, la desconfianza en la conducción política, la preferencia por decisiones técnicas e inclusive, de la globalización.

Para lograr la neutralización política, estos órganos comparten todas o algunas de las siguientes medidas: a) Sistema de nombramiento mediante un mecanismo de colaboración de poderes, b) Imposibilidad de remover libremente a sus integrantes durante el período de designación que la propia ley establece, c) Plazos de designación divergentes con el plazo del mandato presidencial, d) Obligación de rendir informes ante el Congreso y, e) Previsión de requisitos de idoneidad de sus integrantes.

La facultad del Congreso para crear este tipo de órganos se encuentra en el artículo 90 constitucional, el cual lo autoriza a distribuir los negocios del orden administrativo de la Federación en los ámbitos centralizado y paraestatal.

Así, al distribuir dichos negocios, el legislativo **sólo puede crear órganos sin vínculo de jerarquía con el Ejecutivo, tratándose de funciones que no sean puramente ejecutivas es decir, aquellas en las que no exista la necesidad de una conducción política y que tengan como objetivo la consecución de un fin constitucional relevante**, para lo cual debe acudir a la figura de la administración pública paraestatal.

3) Por último, en otra oportunidad he expuesto un parámetro de constitucionalidad² para verificar si con la creación y sistemas de nombramiento, como en el caso de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, existe una violación al principio de división de poderes considerando al Ejecutivo como órgano administrativo.

En relación con lo anterior, en cuanto a la designación del Procurador prevista en el artículo 9o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, estimo que:

- a) **Se trata de un organismo creado dentro de la administración pública paraestatal**, con el carácter de organismo público descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con autonomía técnica, funcional y de gestión, según lo dispuesto por el artículo 2o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.³
- b) **Tutela un principio constitucionalmente relevante** consistente en garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales de los contribuyentes en materia tributaria regulados en el artículo 31, fracción IV, que expulsan la arbitrariedad del esquema de la tributación, sobre los que no sólo existe la obligación de respeto por parte del Estado y del legislador, sino un deber de promoción de todos los poderes públicos.
- c) Para cumplir la **finalidad de garantizar la defensa eficaz de los derechos de los contribuyentes es necesario** que el órgano encomendado de hacerlo tenga **autonomía** respecto de aquel encargado de la administración tributaria, es decir, que el Ejecutivo no sea juez y parte.

² Considero que el legislador puede optar por la configuración de este tipo de órganos, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- 1) Que el órgano sea creado dentro de la administración pública paraestatal.
- 2) Que la independencia administrativa persiga satisfacer algún valor o principio constitucionalmente relevante y que la naturaleza de la función no sea puramente ejecutiva.
- 3) Que con la despolitización del órgano y la consiguiente ruptura de la jerarquía se cumpla la finalidad constitucional perseguida.
- 4) Que no se rompa totalmente el vínculo con los poderes públicos, pues ello sólo es propio de los organismos constitucionales autónomos, cuyo diseño está previsto directamente en la Constitución y que tienen por ello garantías institucionales de las que no gozan las administraciones independientes.
- 5) Que el diseño del órgano, tanto en su creación como en su funcionamiento, se rija por un esquema de colaboración de poderes y no implique un desplazamiento del Ejecutivo o una intervención inocua o simulada, ni un acrecentamiento de los otros poderes a costa de aquél, en el entendido de que, cuando la función del órgano requiera de un grado mayor de independencia respecto del Ejecutivo, mayores pueden ser los candados a su influencia.

³ 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.

Tratándose de organismos como la Procuraduría Federal de la Defensa del Contribuyente, podemos hacer un símil con la Defensoría Pública que es una institución que desarrolla actividad ejecutiva, pero que se encuentra inserta en el Poder Judicial de la Federación, para garantizar la autonomía respecto del Poder Ejecutivo a quien corresponde perseguir los delitos.

La necesidad de su autonomía se hace patente si se advierte que la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente desempeña funciones tales como representar al contribuyente ante la autoridad correspondiente, promoviendo en su nombre los recursos administrativos procedentes y en su caso, ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; conoce e investiga de las quejas de los contribuyentes afectados por los actos de las autoridades fiscales federales por presuntas violaciones a sus derechos; recaba y analiza 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 y de actos que puedan dar lugar a responsabilidad civil o administrativa de las autoridades fiscales federales.

Así, el nombramiento del Procurador por parte del Senado a partir de una terna propuesta por el Presidente de la República, es un medio razonable de ayudar a conseguir el fin constitucionalmente relevante, ya que una institución con un grado mayor de autonomía del Ejecutivo generará confianza en la ciudadanía.

- d) En el diseño de este órgano **no existe un rompimiento absoluto con los demás poderes públicos**, en tanto se establece una colaboración para el nombramiento y la obligación de informar al Congreso de la Unión sobre el desempeño de sus actividades; asimismo, la Secretaría de la Función Pública es quien designa al titular del Órgano Interno de Control.⁴
- e) Luego, en el acto jurídico complejo que implica el nombramiento del Procurador, **existe una participación razonable de ambos Poderes y no se produce un desplazamiento o usurpación de las funciones del Ejecutivo**, ya que éste es el único facultado para proponer la terna a partir de la cual el Senado realizará la designación; además, la obligación de cumplir con requisitos de capacidad técnica ayuda a despolitizar el nombramiento.

Al respecto, no podemos caer en una reducción indicando que el nombramiento sólo corre a cargo del Senado pues el sistema de nombramiento establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente para el caso del Procurador **se constituye como un acto complejo que requiere de la conjunción de dos Poderes distintos**, por un lado, la del Presidente de la República, quien propone una terna y, por otro lado, la del Senado, quien finalmente, dentro de la terna sometida a su consideración por el Ejecutivo, designa al Procurador de la Defensa del Contribuyente.

En virtud de que el Poder Ejecutivo es el órgano encargado de recaudar los tributos, la actividad de la Procuraduría exige un mayor grado de independencia respecto de aquél, por lo que se justifica que la designación del Procurador sea realizada por el Senado de la República.

Por las consideraciones anteriores, estimo que debió reconocerse la validez del artículo 9o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, por cuanto hace a la designación del Procurador.

Ministro, **Genaro David Góngora Pimentel**.- 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 cuatro fojas útiles, concuerda fiel y exactamente con su original que corresponde al voto particular que formula el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel 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 diecinueve de mayo de dos mil ocho.- Rúbrica.

⁴ Artículo 5.- 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.