

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



**“CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ACUERDO DE COLABORACIÓN
FISCAL ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA
BASADO EN LA LEY FEDERAL ESTADOUNIDENSE FATCA”**

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
PRESENTA:

GERARDO BADILLO HERMOSO-PÉREZ

Comité Tutor:

Dr. Oscar Cruz Barney

Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM

Dra. Pastora Melgar Manzanilla

Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM

Dr. Héctor Arturo Oropeza García

Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Consecuencias Jurídicas del Acuerdo de Colaboración Fiscal entre México
y los Estados Unidos de Norteamérica Basado en la Ley Federal
Estadounidense FATCA

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO PRIMERO: EL ACUERDO FATCA Y EL ESFUERZO DE LOS ESTADOS DEL G20 POR COMBATIR LA EVASIÓN FISCAL.....	11
I. LA ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCALES INTERNACIONALES.....	11
1. ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL A CARGO DE INDIVIDUOS.....	12
2. ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCAL A CARGO DE PERSONAS MORALES.....	16
3. TENDENCIAS ACTUALES EN LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL.....	19
4. LAS OBLIGACIONES FISCALES A CONTRIBUYENTES ESTADOUNIDENSES POR PARTE DEL INTERNAL REVENUE SERVICE.....	22
II. EL SISTEMA DE COMUNICACIÓN Y COOPERACIÓN FISCAL ENTRE AUTORIDADES.....	32
1. LOS TRATADOS FISCALES.....	33
1.1 LOS PRIMEROS TRATADOS FISCALES.....	34
2. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES FRENTE AL DUALISMO Y EL MONISMO.....	36
3. ACUERDOS DE COLABORACIÓN EN MATERIA FISCAL.....	42
3.1. EL DERECHO DE LOS TRATADOS.....	42
3.2. LOS TRATADOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN Y LOS ACUERDOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y COLABORACIÓN FISCAL.....	44
3.2.1. Tratados para evitar la doble tributación.....	46
3.2.2. Los acuerdos de intercambio de información fiscal.....	50
3.3. EL CONCEPTO DE FISCALIZACIÓN INTERNACIONAL.....	52

3.4. FISCALIZACIÓN INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE ESTADOS UNIDOS.....	55
III. ALGUNOS CASOS DE ESTUDIO DE EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL EN LA HISTORIA RECIENTE.....	62
1. EL CASO “THE SWISS LEAKS”	67
2. EL CASO “THE PANAMA PAPERS”	70
IV. LA OCDE Y EL G20.....	74
CAPÍTULO SEGUNDO: EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY FATCA.....	81
I. EL DERECHO FEDERAL ESTADOUNIDENSE Y SU APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL.....	81
1. LA LEY “FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT (FSIA) ” Y SU APLICACIÓN.....	91
2. EL LONG ARM STATUTE.....	94
2.1. EXTRATERRITORIALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA....	95
2.2. PAÍSES E INSTITUCIONES A LOS QUE SE HA EXTENDIDO LA LEY FATCA.....	100
3. LA LEY ESTADOUNIDENSE FATCA Y SUS ORÍGENES.....	103
3.1. ORIGEN DE LA LEY.....	104
3.2. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL....	105
4. PRINCIPIOS DEL COMMON LAW SOBRE OBLIGACIONES FISCALES EXTRANJERAS.....	107
4.1. LA REGLA CONTRA LA EJECUCIÓN DE RENTAS EXTRANJERAS.....	107
4.2. MODIFICACIÓN DE LA RULE AGAINST FOREIGN REVENUE ENFORCEMENT.....	113
II. EFECTOS EN LA SOBERANÍA DE LOS PAÍSES DE LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY FATCA.....	119
1. FATCA y su aplicación en otros países.....	124
1.1. FATCA EUA-REINO UNIDO.....	125
1.2. FATCA EUA -ALEMANIA.....	125

1.3. FATCA EUA-FRANCIA.....	126
1.4. FATCA EUA-CHINA.....	127
1.5. FATCA EUA-RUSIA.....	127

CAPÍTULO TERCERO: CONSTITUCIONALIDAD DEL ACUERDO FATCA Y RECEPCIÓN EN EL DERECHO MEXICANO..... 130

I. CONSTITUCIONALIDAD DEL ACUERDO FATCA BAJO EL DERECHO ESTADOUNIDENSE.....130

1. EL ACUERDO FATCA BAJO EL DERECHO ESTADOUNIDENSE.....132

II. FUNDAMENTO JURÍDICO EN EL DERECHO MEXICANO DE LA LEY FATCA Y DE LOS ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES..... 139

III. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO CON LAS LEYES MEXICANAS DE LA APROBACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DEL ACUERDO FATCA..... 145

IV. ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE SOPORTAN FATCA Y SUS EXCEPCIONES..... 149

1. EL CONVENIO DE ESTRASBURGO..... 150

2. EL AIIT..... 152

V. RECEPCIÓN EN EL DERECHO MEXICANO DEL ACUERDO FATCA..... 154

1. TEORÍAS SOBRE RECEPCIÓN DE DERECHO EXTRANJERO SOBRE DERECHO DOMÉSTICO..... 156

2. LA IMPLEMENTACIÓN DE FATCA BAJO LAS LEYES ADMINISTRATIVAS MEXICANAS..... 163

2.1. FATCA EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN..... 163

2.2. FATCA EN LAS RESOLUCIONES MISCELÁNEAS EN MATERIA FISCAL..... 165

2.2.1. VOLUNTARIEDAD U OBLIGATORIEDAD DE FATCA... 166

2.2.2. LA LEGALIDAD DEL USO DE “REGLAS GENERALES” 167

2.2.3. USO DE IDIOMA EXTRANJERO EN LAS MISCELÁNEAS FISCALES.....	168
2.2.4. FORMAS FISCALES Y PREPARADORES DE IMPUESTOS.....	172
2.2.5. EL “TIN”	174
2.2.6. EL RASTREO DE US PERSONS.....	176
2.2.7. LOS TÉRMINOS KYC/AML.....	179
CAPÍTULO CUARTO: EL ESTATUS, FUNDAMENTO LEGAL Y ALCANCE DE LA COLABORACIÓN ENTRE LOS MIEMBROS DE FATCA	181
I. LAS SANCIONES CONTEMPLADAS EN FATCA Y LOS SUJETOS PASIVOS DE SUS OBLIGACIONES.....	181
1. Las obligaciones de reporte contempladas en FATCA para las Instituciones Financieras Extranjeras, “Foreign Financial Institutions”.....	181
2. Las sanciones a instituciones financieras y sujetos pasivos por parte de la autoridad estadounidense IRS.....	193
II. LA REPROCIDAD EN LA ASISTENCIA EN EL COBRO DE RENTAS EXTRANJERAS POR PARTE DEL IRS.....	197
1. El concepto de reciprocidad en derecho internacional.....	197
2. La reciprocidad bajo FATCA.....	198
3. La reciprocidad bajo FATCA en el cobro coactivo.....	205
4. Estado actual de la asistencia fiscal a México por parte del IRS.....	209
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	211
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	227
HOJA DE ABREVIACIONES.....	247

INTRODUCCIÓN

Las relaciones México-Estados Unidos se caracterizan, entre otros factores, por la alta movilidad y migración de personas entre sus territorios. De acuerdo con datos del *Migration Policy Institute*,¹ en el año 2019 había alrededor de 10.9 millones de mexicanos viviendo permanentemente en Estados Unidos, mientras que en el mismo año habría alrededor de 1.5 millones de estadounidenses radicando en México, de acuerdo con reportes de su embajada.² En consecuencia, somos anfitriones en nuestro país de la mayor diáspora de estadounidenses en el mundo, y ellos a su vez lo son de la nuestra. Este trabajo se enfoca en la exigencia que aquel país hace a sus países aliados, de fiscalizar a sus ciudadanos en el extranjero.

El mecanismo jurídico para lograrlo, es el acuerdo internacional entre México y Estados Unidos basado en la ley de ese país denominada “*Foreign Account Tax Compliance Act*”, y bautizado como “Acuerdo Interinstitucional para Mejorar el Cumplimiento Fiscal Internacional Incluyendo con respecto a FATCA”³. Este acuerdo tiene pocos años de existencia y ha dado lugar a investigación sobre sus consecuencias, efectividad y validez, principalmente por universidades y *think tanks* estadounidenses, debido a que la crisis financiera de ese país en 2009 dio lugar a la iniciativa de la administración Obama de abatir el desempleo doméstico recaudando fondos provenientes de los ingresos de estadounidenses en el exterior.

¹ Israel, Emma y Batalova, Jeanne, “Mexican Immigrants in the United States”, *The Online Journal of the Migration Policy Institute*, E.U.A., 5 de noviembre de 2020, <https://www.migrationpolicy.org/article/mexican-immigrants-united-states-2019>

² Rojas, Ana Gabriela, “Estadounidenses en México: por qué cada vez más deciden mudarse pese a la campaña de Trump contra el país”, *BBC Mundo*, Reino Unido, 24 de julio de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48998509>

³ A pesar de que el término FATCA se refiere a una ley doméstica estadounidense, por motivos de practicidad, en este trabajo se referirá a este acuerdo como “acuerdo FATCA”, o como “FATCA”, toda vez que el acuerdo interinstitucional objeto de esta investigación lleva dicho término en su nomenclatura oficial, y en la práctica el acuerdo trata primordialmente de la aplicación de la ley FATCA en nuestro país.

Los estudios en cuestión se enfocan en los costos de implementar dicha iniciativa a nivel global (requiriendo a instituciones financieras extranjeras a transmitir la información de cuentahabientes estadounidenses al *Internal Revenue Service, IRS*), la recaudación que pretendía generar, así como la pesada carga a las instituciones en cuestión para recabar esos datos.

Organismos internacionales también se han encargado de investigar la cooperación fiscal entre autoridades tributarias internacionales, especialmente debido a las pérdidas económicas por evasión fiscal internacional, provocada por las estrategias de las multinacionales para reducir sus cargas tributarias.

Sin embargo, mucho falta por conocer sobre las consecuencias de este acuerdo en las relaciones internacionales entre los dos países, además de la afectación en el patrimonio de los estadounidenses en el exterior, y en particular, de aquellos cuyo único vínculo con ese país fue haber nacido ahí, pero que han pasado la mayor parte de su vida en el extranjero y no tienen ningún motivo para vincularse con esa nación, y que a pesar de ello, están obligados fiscalmente por el acuerdo.

Es necesario analizar y poner en revisión si los costos de la implementación de este instrumento jurídico internacional justifican poner a trabajar a miles de bancos extranjeros y a su personal para ubicar estadounidenses, y derivado de esto, analizar la legalidad de la transmisión de esa información al órgano fiscalizador estadounidense, sin el consentimiento del afectado.

También, se deben evaluar los límites del gobierno de aquel país al sancionar a instituciones financieras internacionales si se niegan a cooperar, especialmente cuando se trata de castigar a sus ejecutivos, y tomando en cuenta que el *IRS* opera con el soporte internacional de organismos de seguridad y agencias investigadoras estadounidenses.

Otro tema involucrado que convendría examinar a detalle es el mecanismo jurídico internacional elegido para someter o coaccionar, a bancos y naciones, para lograr su apoyo irrestricto en la búsqueda y rastreo de estadounidenses.

El acuerdo de referencia está implementado por legislación federal e internacional, negociado por las autoridades de los países involucrados y su fin es aumentar la recaudación. En México y a nivel internacional es derecho positivo. Sin embargo, durante sus años de operación, se observa lo siguiente: la recaudación que pretendía no se ha logrado; los países involucrados no se benefician por igual; el acuerdo ha sido impugnado en tribunales de Europa, Canada y el propio Estados Unidos. Si este mecanismo de recaudación cuenta con el debido soporte en derecho internacional y doméstico, ¿A que se deben entonces tales impugnaciones?

Cabe preguntarse también, ¿cuales son las causas que derivan en su impugnación? Y esto abre una incógnita adicional: si el acuerdo ha sido firmado por alrededor de 100 naciones, pero de ellas, la que tiene un mayor número de estadounidenses residentes es México, y el mismo ya ha sido impugnado en otros países, ¿cabe la posibilidad de que pueda ser impugnado en el nuestro, y de ser así, lo permite la legislación mexicana? Finalmente, ¿es viable para México continuar con la cooperación fiscal que este acuerdo interinstitucional establece?

Hasta no replantearse si los instrumentos jurídicos utilizados para gestionar las relaciones México-Estados Unidos tienen el adecuado soporte en el derecho internacional y en nuestro derecho doméstico, nuestro país continuará cediendo en compromisos de estado y dando prioridad a las necesidades políticas y económicas de otras naciones, por encima de las propias, las cuales deberían ir primero bajo cualquier circunstancia.

Este instrumento de colaboración fiscal entre México y Estados Unidos, así como su implementación en nuestro país, merecen un escrutinio

completo para dar respuesta a las interrogantes planteadas y otras más, pero podemos anticipar que el mismo consiste en una exigencia de Estados Unidos y no de una colaboración libre entre estados; que su puesta en marcha fuerza y altera el orden jurídico mexicano, comenzando por su Constitución política; que pide pero no otorga, y que básicamente se trata de una imposición de leyes internas de Estados Unidos con claras consecuencias desfavorables para terceros actores, incluyendo ciudadanos globales, el sistema financiero internacional, los cuentahabientes mexicanos y la soberanía del país.

CAPÍTULO PRIMERO: EL ACUERDO FATCA Y EL ESFUERZO DE LOS ESTADOS DEL G20 POR COMBATIR LA EVASIÓN FISCAL

I. LA ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCALES INTERNACIONALES

Los intercambios de información entre autoridades fiscales de diversos países son una realidad hoy en día; la cual se apoya en una estructura de acuerdos internacionales que los permiten. Dicha situación no es nueva, pero ha tomado vigencia en la primera mitad del siglo XX.

Los fenómenos de movilidad de personas entre fronteras, libre flujo de capitales, bienes y servicios, transferencia electrónica de datos y dinero entre países basada en la tecnología, derechos intangibles como propiedad intelectual y sus acuerdos internacionales de explotación, descargas de contenido de una amplia categoría, la posibilidad de incorporar empresas en jurisdicciones extranjeras a través del internet, por mencionar algunos, han tenido como consecuencia, por una parte, incentivar las transacciones mercantiles; por otra, facilitar las actividades delictivas.

En el primer caso, el efecto es positivo, pues se traduce en fuentes de empleo, incentivos al comercio internacional, y lograr el acceso a bienes y servicios de calidad para más personas.

En el segundo caso, el efecto es negativo, pues ha incrementado la trata de personas, (por la facilidad para encontrar y contactar posibles víctimas), el flujo ilegal de dinero de una jurisdicción a otra con motivos de evasión fiscal, la creación de grandes *trusts* o cárteles de empresas fantasmas cuyo fin es legitimar capitales obtenidos mediante la realización de actos ilícitos, por no mencionar el incentivo a delitos como extorsión o terrorismo.⁴

⁴ Karsten, Jack, “As criminals adapt to new technology, so must international law”, *Brookings Institution*, E.U.A, The Justice Stephen Breyer Lecture Series on International Law, 2017, <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2017/04/21/as-criminals-adapt-to-new-technology-so-must-international-law/>

Estos fenómenos han traído otras consecuencias reales. Entre ellas, el tema de la necesidad de gravar ingresos obtenidos en el territorio de una jurisdicción, por un individuo que se encuentre físicamente en otra. Lo mismo aplica a empresas multinacionales o MNEs, con la complicación adicional que estas pueden estar ubicadas no en dos jurisdicciones sino en varias, de manera simultánea, con ingresos cruzando fronteras de manera inmediata por la libre transferencia de capitales que imponen los acuerdos de inversión extranjera. En relación con las MNEs, se da otro fenómeno en la realidad: el objetivo de estas personas morales es primordialmente, el lucro, pues esa es su naturaleza. En este sentido, ocurren situaciones directamente relacionadas con la productividad de estas empresas, como lo es la desincorporación de las mismas a lo largo de múltiples jurisdicciones, con el fin de aprovechar ventajas comparativas, pero también con el de buscar jurisdicciones con baja imposición fiscal, aprovechando en este caso los diversos acuerdos internacionales entre los países en los que la *MNE* tiene subsidiarias, o abrir una subsidiaria con ese fin específico. Lo anterior ha sido bautizado con el término en inglés *treaty shopping*⁵.

En este sentido, tal fenómeno se ha convertido en objeto de atención, estudio, análisis, deliberación, recomendaciones y acuerdos vinculatorios, por parte de la Organización de Naciones Unidas, *ONU*, y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la *OCDE*.

1. Elusión y evasión Fiscal Internacional a cargo de individuos

En términos generales, las autoridades recaudatorias internacionales no recaudan de manera eficiente, y el problema tiene varias perspectivas que obedecen a distintos factores. Podemos mencionar la evasión y la elusión intencionales, las cuales buscan mover activos y capitales a

⁵ Weeghel, Stef van, "The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States", *Series on International Taxation 19*, Londres, Kluwer Law International Ltd, 1988, p. 119.

jurisdicciones de baja o nula fiscalización, y con las cuales no existen mecanismos de cooperación para gravar dichos capitales, tema que se mencionará más adelante.

Otra explicación de este fenómeno tiene que ver con la forma en que países en desarrollo gravan a sus contribuyentes, enfocándose en la población con menos recursos, aumentando las cargas tributarias a toda la población, pero gravando por debajo de estándares internacionales los ingresos de los sectores medios y altos.⁶

Lo anterior se basa en estudios de organismos internacionales, tanto públicos como privados. Mientras que los países desarrollados gravan más a la población con más recursos, los países en desarrollo gravan con un porcentaje menor a este mismo grupo. De acuerdo con el documento “Tributación para un crecimiento inclusivo” publicado por Naciones Unidas en marzo de 2016⁷, los países de Latinoamérica recaudan impuesto sobre el ingreso de manera significativamente baja. El más alto de ellos es Brazil, el cual recauda alrededor de 30% del PIB, lejos de los países de la OCDE en los que la media es de 34% (exceptuando México), y el resto de la región de Latinoamérica, incluyendo México, se encuentra en niveles de alrededor de 20%.

Dicho documento hace énfasis en que la recaudación en nuestros países se enfoca no en el impuesto a los ingresos, como lo hacen los países desarrollados, sino en el impuesto al consumo, en el que el sector más vulnerable es precisamente el de menos ingresos. De acuerdo con esta fuente, la evasión fiscal por impuesto sobre la renta, tanto de individuos como de empresas, tuvo un costo de más 320,000 millones de dólares en 2013, 6.3% del PIB en la región, considerando dicha cifra como pérdida de

⁶ Castro, Miriam, “Países pobres son los más afectados por la evasión fiscal”, *Milenio*, México, 2016, <http://www.milenio.com/negocios/paises-pobres-son-los-mas-afectados-por-la-evasion-fiscal>

⁷ Ruiz Rodríguez, Susana *et al.*, “Tributación para un crecimiento inclusivo”, Naciones Unidas, Santiago, LC/L.41592016, marzo de 2016, <https://www.oxfamMexico.org/sites/default/files/InformaES.pdf>

ingresos sólo en el año de 2013, y agregando que los gastos corrientes de los gobiernos fueron de alrededor de 4.5 del PIB, mismo año.

Lo anterior refleja una situación grave en lo que a presupuesto público se refiere, pues las necesidades de gasto público son múltiples, mismas que podrían solventarse con una recaudación más eficiente.

Esto en lo que toca a la recaudación inadecuada por las jurisdicciones de países en desarrollo. Pero en el tema de la elusión y evasión fiscal internacionales de manera intencionada por personas físicas, tenemos un panorama distinto, el cual no se trata de una fiscalización deficiente e incompleta, sino de la deliberada intención de evitar el cumplimiento de obligaciones tributarias que ya existen. Es el caso de la búsqueda de “paraísos fiscales”, “*tax havens*” u “*off shore financial centers*”⁸ que realizan tanto individuos como empresas, y consistentes en un estado que provea de baja o nula fiscalización, regulación financiera ligera o moderada, secreto bancario y anonimato.

Líneas atrás se mencionaron los términos “elusión” y “evasión” fiscales. El primero se conoce en inglés como *avoidance*; mientras que el segundo, con la misma palabra, *evasion*. Conviene definir ambos, pues los contribuyentes y asesores fiscales se encuentran en la situación de recurrir a uno, el cual se encuentra en los límites de la legalidad, o al otro, que cruza la línea y viola con flagrancia códigos y leyes fiscales domésticos y tratados tributarios internacionales. Definimos *tax avoidance* de la manera siguiente:

...income tax avoidance covers every conscious attempt, successful or unsuccessful, to prevent or reduce income tax liability by taking advantage of some provision or lack of provision in the law. This definition, which excludes fraud or concealment, presupposes the existence or alternatives, one of which will result in lesser tax than the other, or at least so it is hoped.⁹

⁸ International Monetary Fund, *Offshore Financial Centers IMF Background Paper*, Prepared by the Monetary and Exchange Affairs Department, 23 de junio de 2000, <http://www.imf.org/external/np/mae/oshore/2000/eng/back.htm#I>

⁹ Rudick, Harry J., “The problem of personal income tax avoidance”, 7 *Law and contemporary problems*, E.U.A., 1940, p.245.

Esto se traduce como “la elusión fiscal sobre el ingreso cubre todo intento consciente, exitoso o no, de impedir o reducir la obligación fiscal aprovechándose de alguna provisión o ausencia de ella en la ley. Esta definición, la cual excluye fraude u ocultamiento, presupone la existencia de alternativas, una de las cuales resultará en menor impuesto que la otra, o al menos eso se espera”.

El sitio web de investigación legal de la escuela de derecho de la Universidad Cornell, Estados Unidos, fuente de referencia que será empleada a lo largo de esta investigación, define *tax evasion* como sigue:

Tax evasion is using illegal means to avoid paying taxes. Typically, tax evasion schemes involve an individual or corporation misrepresenting their income to the Internal Revenue Service. Misrepresentation may take the form either of underreporting income, inflating deductions, or hiding money and its interest altogether in offshore accounts.¹⁰

Traducimos como: “Evasión fiscal es usar medios ilegales para evitar pagar impuestos. Típicamente, las estrategias de evasión fiscal involucran un individuo o corporación tergiversando su ingreso ante el Servicio de Rentas Internas. La tergiversación puede tomar la forma ya sea de declarar menor ingreso, inflar deducciones u ocultar dinero y sus intereses conjuntamente en cuentas en paraísos fiscales”.

En el tema de individuos tratando de “eludir” impuestos, partiendo de la hipótesis de que esto es legal, se dan varias estrategias para hacerlo, aclarando que a pesar de no violar ninguna ley, si es un abuso de lagunas legales con el fin de reducir la carga tributaria. Entre dichas estrategias podemos contar las siguientes, dependiendo la jurisdicción:¹¹

- Individuos con altos ingresos disponibles invirtiendo excedentes en esquemas de pensiones, lo cual reduce su carga tributaria, o

¹⁰ Legal Information Institute, *Tax Evasion*, Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/tax_evasion

¹¹ Tax avoidance: Individuals' common schemes, *BBC NEWS*, Reino Unido, 26 de abril de 2013, <http://www.bbc.com/news/business-17665780>

esquemas en los que invierten en nuevos negocios, recibiendo beneficios fiscales si dichos negocios son exitosos.

- Donar a instituciones de caridad, lo cual les permite deducir impuestos.
- Obtener seguros de vida e incluirlos en fideicomisos para sus hijos, lo que les permite trasladar dicho ingreso sin pagar impuestos por herencia.
- Emplear al cónyuge. De esta forma, el esposo con mayor carga tributaria la reduce, pues el ingreso ahora se divide en dos personas, aunque quien se emplea no trabaje en realidad. El beneficio radica en que se obtienen ganancias fiscales por los primeros ingresos del empleado.

En nuestro país, las técnicas de elusión fiscal son variadas, incluyen algunas de las anteriores, y se pueden sumar las estrategias, bien intencionadas o no, de los especialistas fiscales, las cuales incluyen recursos de revocación, juicios de nulidad, juicios de amparo, planeación fiscal ideada por contadores, tráfico de influencias con autoridades de todo tipo, pago de sobornos a las mismas (y estas últimas cruzan la línea entre elusión y evasión).¹²

2.Elusión y evasión fiscal a cargo de personas morales

En el tema de las personas morales, se dan los mismos fenómenos de elusión y evasión, con giros adicionales. Las MNEs realizan actividades lucrativas en distintos países, para abrir nuevos mercados, acercarse geográficamente a destinos meta, mover plantas de producción a países con alta eficiencia *laboral* pero salarios mínimos bajos, etc. Hoy en día, las MNEs con domicilios fiscales en países desarrollados tienen subsidiarias en países

¹² López Noriega, Saúl, “Manual para (no) pagar impuestos”, Nexos, México, 1 de octubre de 2013, <https://www.nexos.com.mx/?p=15506>

en desarrollo por las razones arriba expuestas, entre otras. Es por ello que los estados en los que las MNEs operan firman acuerdos tributarios, los cuales buscan incentivar la inversión extranjera al no cobrar impuestos en exceso a estos contribuyentes.

Debido a que las leyes tributarias gravan con base en los conceptos de “fuente” y “residencia”, esto significa que un país grava si el contribuyente se encuentra geográficamente ubicado en su territorio, recibiendo ingresos provenientes de fuentes en una jurisdicción extranjera, que es el caso de la “residencia” para efectos fiscales únicamente; y el mismo país grava si el contribuyente no se encuentra geográficamente ubicado en su territorio, pero el ingreso que este recibe si se origina en dicho territorio, lo cual es el concepto de “fuente”. Lo anterior se traduce en que un contribuyente puede ser gravado por dos jurisdicciones simultáneamente, pues ambas tienen derecho a gravar los multicitados ingresos.

Por ende, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) recomienda que los países o jurisdicciones que se encuentran en dicha situación celebren los llamados “acuerdos para evitar la doble tributación”¹³, mediante los cuales se establezca qué jurisdicción tendría derecho a gravar estos ingresos, pudiendo acreditarlos en otra, es decir, solicitar se tome en cuenta el pago realizado en una de las jurisdicciones y no pagar ese concepto dos veces. En caso de no existir acuerdo, ambas instancias lo gravarían.

Aunando al tema de la fiscalización de personas jurídicas internacionales se da la práctica contable de los llamados “precios de transferencia”¹⁴, la cual es un tema de regulación doméstica e internacional, pues de no realizarse adecuadamente (subsidiarias de multinacionales en

¹³ Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Revision of the Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, E/C.18/2011/CRP.11, 2011, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/8STM_CRP11_Add3_BasicApproaches.pdf

¹⁴ UN Committee's Subcommittee on Practical Transfer Pricing Issues, *An Introduction to Transfer Pricing, United Nations Geneva Meeting*, 2012, http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011_TP/TP_Chapter1_Introduction.pdf

distintas jurisdicciones deben darse precios como empresas independientes al comerciar entre sí), la elusión fiscal se convierte en evasión. De acuerdo con estudios de la ONU y la OCDE, el llamado “comercio intrafirma”¹⁵ alcanza el 30% de todas las transacciones internacionales, el cual ocurre, como su nombre sugiere, al interior de empresas que son parte de un mismo consorcio internacional. Es frecuente que esos establecimientos realicen compraventas internacionales entre ellas, pues una subsidiaria ubicada en una jurisdicción puede requerir piezas de manufactura que otra produce en un estado distinto, y es evidente que preferirán comerciar entre ellas, que con un competidor.

El problema para las autoridades fiscales se da cuando estas empresas relacionadas se fijan precios de compraventa internacional simbólicos, es decir, extremadamente bajos, con el fin de eludir cargas tributarias altas. Mientras la ley lo permita (elusión), no hay ningún ilícito, pero cuando las autoridades fijan en sus leyes federales -caso de México, Ley del Impuesto sobre la Renta- que dichas transacciones favorables intrafirma están prohibidas, se da el segundo supuesto, este antijurídico (evasión).

En esos casos, la autoridad fiscal requiere que las empresas realicen esas transacciones identificándolas como “partes relacionadas”, en las que el criterio de pago de impuesto sobre la renta implica que se traten como si fueran independientes una de la otra¹⁶. Dicha ley las considera relacionadas cuando comparten toma de decisiones, ejecutivos desempeñando el mismo rol en ambas, empresas internacionales que comprenden matrices y subsidiarias, así como asociaciones en participación.

Esto ha generado que los organismos internacionales se enfoquen en estudiar y combatir la evasión fiscal de esta clase, pues es la naturaleza de

¹⁵ Ventura Días, Vivianne y Durán Lima, José Elías, “Comercio intrafirma: concepto alcance y magnitud”, *CEPAL, Serie Comercio Internacional* 44, Santiago de Chile, 2003, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4384/1/S2003732_es.pdf

¹⁶ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley del Impuesto sobre la Renta*, Ciudad de México, 30 de Noviembre de 2016, art. 179.

las multinacionales el lucro, sin importar cuál sea su giro, y el comercio intrafirma ofrece oportunidades para la elusión y para la evasión.

Los estudios demuestran que esa situación no se eliminará fácilmente. Mientras que las jurisdicciones fiscales implementan nuevos mecanismos de cooperación como el acuerdo *FATCA*, el ánimo de lucro de multinacionales y la evasión fiscal por parte de individuos parecen encontrar mecanismos ingeniosos; utilizando de manera conjunta acuerdos comerciales y de inversión internacionales -*treaty shopping*-, tecnología, corrupción y sobornos, con el fin de reducir la carga tributaria.

Por el lado de los países que gravan, ocurre que estos se ven en el dilema de atraer inversión, a costa de sacrificar y reducir fiscalización, contra cooperar y combatir la evasión fiscal, un balance difícil de lograr, especialmente para los países en desarrollo que buscan inversión extranjera directa y compiten entre ellos con este fin, aunque esta competencia también se observa entre países desarrollados.¹⁷

3. Tendencias actuales en la evasión fiscal internacional

Es una realidad que los estados alrededor del mundo dejan de percibir enormes cantidades de impuestos sobre las ganancias de empresas e individuos vía evasión fiscal. De acuerdo con datos del Fondo Monetario Internacional, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la OCDE, en el año de 2015 se dejaron de percibir alrededor de 100 mil millones de dólares, dependiendo la fuente, aunque la OCDE reportó una pérdida de 100-240 mil millones ¹⁸

¹⁷ Gropp, Reint y Kostial, Kristina, “La IED y los impuestos a las sociedades ¿Armonización o competencia tributaria?”, *Finanzas & Desarrollo*, E.U.A., junio de 2001, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/06/pdf/gropp.pdf>

¹⁸ Interagency Task Force on Financing for Development, “International efforts to combat tax avoidance and evasion”, *United Nations, Inter-agency Task Force on Financing for Development*, <https://developmentfinance.un.org/international-efforts-combat-tax-avoidance-and-evasion>

Otro estudio reciente de la Universidad de Naciones Unidas indica pérdidas por concepto de impuestos a las corporaciones aún más cuantiosas. De acuerdo con el documento “*Global distribution of revenue loss for tax avoidance*”¹⁹, de marzo de 2017, y basándose en una investigación llevada a cabo en 173 países en un período de 33 años, las pérdidas fiscales para las distintas jurisdicciones son de 650 mil millones de dólares anuales aproximadamente, de los cuales un tercio corresponden a países en desarrollo. Sin embargo, las pérdidas se correlacionaban con una disminución del producto interno bruto, y esta pérdida es mayor en los países en desarrollo que en los países del primer mundo.

Este estudio establece que los primeros enfrentan una pérdida de 6-13 % del PIB, mientras que en el caso de las naciones de la OCDE, la pérdida es de 2-3%. En otras palabras, los estados que más ingresos requieren por impuestos son los más vulnerables a las estrategias de las multinacionales a buscar jurisdicciones de baja imposición fiscal, bajo el esquema *profit shifting* o traslado de beneficios. De acuerdo con el estudio, las naciones más afectadas son simplemente las más pobres: África Subsahariana, Latinoamérica y el Caribe, así como los países del sur de Asia.

Estos datos muestran un interés y enfoque de los organismos multilaterales, incluyendo las comisiones de Naciones Unidas, la OCDE, así como organizaciones privadas internacionales, en atender el problema de la evasión y elusión fiscales que cometen corporaciones e individuos debido a que son las naciones con menores ingresos las que más resultan afectadas por este fenómeno. Esto ha desembocado en una red de acuerdos internacionales de cooperación entre autoridades fiscales de distintos países.²⁰

¹⁹ Cobhan, Alex y Jansky, Petr, “Global distribution of revenue loss for tax avoidance”, *United Nations University World Institute for Development Economics Research*, Finlandia, Working Paper 2017/55, 2017, <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/wp2017-55.pdf>

²⁰ Rummey, Emma, “More than 100 nations sign up to OECD tax cooperation project”, *Public Finance International*, Eslovenia, 30 de Agosto de 2016,

En el caso de la evasión y elusión en los Estados Unidos, la cual dio origen la Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras, *FATCA* por sus siglas en inglés, datos del mismo estudio revelan que sólo este país sufría, en el año de 2012, de una pérdida fiscal de entre 77 y 111 mil millones de dólares, cifra que ha aumentado con el tiempo, por concepto de *profit shifting* de multinacionales de ese país. Una explicación del esquema *profit shifting* sería como sigue²¹:

- Compañía de Estados Unidos identifica empresa extranjera incorporada en un país con bajos impuestos corporativos, como Irlanda. Con frecuencia la empresa extranjera es más pequeña, aunque regulaciones de Estados Unidos podrían impedir una fusión si la empresa extranjera es demasiado pequeña.
- Las compañías se fusionan, y las oficinas corporativas de la nueva empresa matriz se establecen en el extranjero para efectos de impuestos. El liderazgo corporativo de la compañía puede permanecer en Estados Unidos.
- La mayor parte de los ingresos de la nueva compañía pueden ganarse y ser gravados en el país extranjero a una tasa más baja. Además, el dinero puede transferirse a los Estados Unidos si es necesario, sin ser gravado por este país.

Una variación simple consistiría en maniobras que involucren transacciones en papel que permitan a las MNEs registrar ganancias por ventas a clientes en lugares como Boston o Berlin, como si hubieran ocurrido en Bermuda, que no cobra impuestos corporativos.²²

<https://www.publicfinanceinternational.org/news/2016/08/more-100-nations-sign-oecd-tax-cooperation-project>

²¹ Clausing, Kimberly A., “Profit shifting and U.S. corporate tax policy reform”, *Washington Center for Equitable Growth*, E.U.A., 2016, <http://cdn.equitablegrowth.org/wp-content/uploads/2017/09/27115444/051016-clausing-profit-shifting.pdf>

²² Browning, Lynnley, “Profit Shifting”, *Bloomberg*, E.U.A. 2018, <https://www.bloomberg.com/quicktake/profit-shifting>

Este esquema puede encontrarse en los límites de la *elusión*, táctica fiscal que emplean las multinacionales y que se les permiten los derechos domésticos, pero con el fin último de reducir la carga fiscal de manera dolosa, por lo que caería en la *evasión*. La línea entre ambas es difusa.

4. Las obligaciones fiscales a contribuyentes estadounidenses por parte del internal revenue service

Al igual que en nuestro país, es obligación de los ciudadanos y residentes de los Estados Unidos contribuir, en proporción a sus ingresos, para el gasto público. El Artículo I, Sección 8, Cláusula 1 de la Constitución estadounidense establece que el Congreso tiene poder para cobrar impuestos en beneficio general de ese país, pero que deben ser uniformes en todo el territorio, lo cual se conoce como *taxing and spending clause*.²³

De acuerdo con los principios del llamado “padre de la economía” Adam Smith, uno de ellos es el de la *uniformidad*, esto es, que todos sean considerados iguales frente al impuesto, o que el sacrificio sea igual para todos. La fiscalización moderna estadounidense parece romper con este principio al tratarse de sus ciudadanos radicando fuera de ese país. En relación con las obligaciones fiscales de individuos estadounidenses, de acuerdo con el sitio web del Internal Revenue Service²⁴, o Servicio de Rentas Internas, autoridad federal recaudatoria estadounidense:

If you are a U.S. citizen or resident alien, the rules for filing income, estate, and gift tax returns and paying estimated tax are generally the same whether you are in the United States or abroad. Your worldwide income is subject to U.S. income tax, regardless of where you reside.

Lo cual se traduce como sigue: “Si eres un ciudadano estadounidense o extranjero residente, las reglas para declarar ingresos, herencias o

²³ Jensen, Eric M, *The Taxing Power A Reference Guide to the United States Constitution*, Estados Unidos, Praeger, 2005, p.2.

²⁴ Internal Revenue Service, *Taxpayers living abroad*, E.U.A., 3 de junio de 2021, <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/taxpayers-living-abroad>

donaciones y pagar impuestos estimados son generalmente las mismas ya sea que estés en Estados Unidos o en el extranjero. Tu ingreso mundial es sujeto a retención por ingresos en Estados Unidos, sin importar donde resides”.

Las obligaciones fiscales de los estadounidenses que residen fuera de los Estados Unidos se establecen en el documento *Tax Guide for U.S. Citizens and Resident Aliens Abroad*²⁵, emitido por el Internal Revenue Service (IRS). Dicho documento es claro sobre los criterios para que un estadounidense en el extranjero declare impuestos ante autoridades hacendarias de ese país. Entre otros, el IRS requiere que una persona soltera con ingresos anuales mínimos de \$10,400 dólares declare ante el IRS. Otro requisito es para alguien mayor de 65 años, en cuyo caso los ingresos mínimos son de \$11,950 dólares. Un criterio más sería una pareja que declara conjuntamente, los ingresos serían por \$20,800 dólares. Cabe hacer notar que estos ingresos mínimos son anuales, y que el ingreso per cápita estadounidense en el año 2016 era de \$57,638.2 de acuerdo con cifras del banco mundial.²⁶ Consecuentemente, la gran mayoría de estadounidenses en el extranjero está obligada a declarar con base en los criterios señalados.

En el *Tax Guide*, se establece que el objeto del impuesto es lo que denomina como *gross income*, incluyendo “todos los ingresos que reciba en la forma de dinero, bienes, propiedades y servicios no exentos de impuestos”; en otras palabras, el documento grava los ingresos globales de los estadounidenses, sin importar el origen ni ubicación de los mismos.

Este trabajo se enfoca en analizar la ley *FATCA*, por la cual las instituciones financieras ubicadas en los países que firman el acuerdo del mismo nombre con Estados Unidos, se obligan a comunicar a las autoridades fiscales locales o de ese país, la existencia de cuentas a nombre

²⁵ Internal Revenue Service, *Tax Guide for U.S. Citizens and Resident Aliens Abroad*, E.U.A., 2017, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p54.pdf>

²⁶ World Bank, *GDP per capita*, E.U.A., 2016, <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD>

de estadounidenses, con lo cual E.U.A. extiende su brazo fuera de su territorio y alcanza a sus ciudadanos para requerirlos de pago, con el apoyo del fisco local. A cambio, ese país ofrece intercambiar la misma información, así como apoyar al país extranjero, en el cobro de impuestos a sus nacionales en territorio estadounidense. Los resultados y naturaleza jurídica de tal cooperación se analizarán en los capítulos subsecuentes.

Hace algunos años viene ocurriendo una situación sin precedente entre ciudadanos americanos y residentes permanentes de ese país, viviendo fuera de Estados Unidos. Han preferido renunciar a su ciudadanía y residencia con el fin de evitar el brazo largo del gobierno estadounidense y dejar de pagar impuestos a esa jurisdicción, por el hecho de que están obligados a reportar ingresos aunque no vivan ahí, supuesto tributario que muy pocos países en el mundo replican. Solo Estados Unidos y Eritrea obligan a sus ciudadanos a reportarles ingresos incluso si no residen físicamente en esos países.

Esto se denomina como *Citizen based taxation*, o “retención basada en la ciudadanía”.²⁷ De acuerdo con múltiples artículos académicos de Estados Unidos, este tipo de fiscalización es prácticamente única en el mundo, y los resultados no se apegan al “principio de justicia” de Adam Smith. Estados Unidos obliga a sus ciudadanos o residentes legales, a reportarles y pagar contribuciones, sin importar que no vivan en ese país, incluso sin importar que prácticamente nunca hayan vivido ahí. En un artículo reciente del *Michigan Journal of International Law*, la autora describe lo que denomina como “*american by accident*”, o “estadounidense por accidente”.²⁸

²⁷ Cabezas, Montano, “Reasons for Citizen-Based Taxation?”, *Penn State Law Review*, E.U.A., Vol. 121:1, 19 de septiembre de 2016, p. 102, <http://www.pennstatelawreview.org/wp-content/uploads/2016/10/ARTICLE-3-CABEZAS.pdf>

²⁸Allison, Christians, “A Global Perspective on Citizenship-Based Taxation”, *Michigan Journal of International Law*, E.U.A., Vol. 38, Issue 2, 2017, p. 194, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.mx/&httpsredir=1&article=1486&context=mjil>

De acuerdo con este concepto, se trata de una persona que vive la mayor parte de su vida en un país distinto a Estados Unidos, sin saber que es sujeta a retención de ingresos por ese país por ser su ciudadana. Algunos incluso desconocen el hecho de que tienen esa ciudadanía. Las consecuencias de este desconocimiento son graves, pues por años omiten hacer declaraciones a esa jurisdicción, y al desconocer las posibles deducciones bajo esas leyes fiscales, pueden deber grandes cantidades por ingresos no declarados.²⁹

El artículo describe el caso de “Tina”, ciudadana de Canadá en el supuesto de “estadounidense por accidente”. Los padres de Tina eran estudiantes canadienses de intercambio en Estados Unidos hace varios años, y Tina nació en ese país durante ese tiempo. Sólo estuvo ahí por un período de seis meses, el resto lo ha vivido en Canadá. Tina está ahora en edad de retirarse, y recientemente recibió una carta de su banco informándole que descubrió que era ciudadana de Estados Unidos y que comenzaría a reportar al *IRS* sobre su cuenta bancaria, a menos que probara que no lo era.

Tiempo después, Tina se enteró que podría haber renunciado a su ciudadanía estadounidense, pero hasta que no lo hiciera, tenía obligaciones fiscales con el *IRS*. No sólo eso, sino que aún si optara por esa opción, las leyes estadounidenses la considerarían su ciudadana por otros cinco años posteriores a la renuncia.

Lo anterior refleja que la ley *FATCA* tiene graves implicaciones internacionales y llega a resultados antijurídicos, en contra del “principio de justicia tributaria” de Adam Smith. Las consecuencias en derecho internacional de la validez extraterritorial de *FATCA* se discutirán en capítulos posteriores, pero aquí se adelantan 3 premisas:

²⁹ El derecho estadounidense permite ciertas exclusiones por ingresos en el extranjero, pero al desconocer su situación, estos ciudadanos o residentes no pudieron beneficiarse de dichas exclusiones por no reportarlas en los plazos autorizados.

- La ley *FATCA* se basa en una situación jurídico-fiscal atípica, esto es, el concepto de nacionalidad por ciudadanía, prácticamente único en el mundo, pues en el caso del otro país que grava ese concepto, Eritrea, la retención es del 2%, mientras que en el caso de Estados Unidos este porcentaje es de 37%.
- La ley *FATCA* viola principios básicos de derecho internacional público y privado, como se analizará a detalle en este trabajo.
- La ley *FATCA*, aplicada como acuerdo internacional celebrado con México adolece de irregularidades en su incorporación al derecho positivo mexicano, como se analizará también más adelante.

Como resultado de la fuerte e incluso “persecutoria” retención que se encuentra en leyes federales estadounidenses, que hace difícil para sus ciudadanos escapar a ella, el número de ciudadanos y residentes estadounidenses que renuncian a su estatus aumenta cada año. Esto es paradójico, tomando en cuenta el número de personas en el mundo que buscan obtener esa ciudadanía o residencia incluso arriesgando su vida.

En específico, los ciudadanos estadounidenses en el extranjero están obligados a presentar dos declaraciones, una es la llamada *Statement of Specified Foreign Financial Assets*³⁰ o “Declaración de Activos Financieros Específicos en el Extranjero”, forma 8938, y *el Report of Foreign Bank and Financial Accounts*³¹ o “Reporte sobre cuentas financieras y bancarias en el extranjero”, mejor conocido como “*FBAR*”.

La primera declaración obliga a personas físicas y morales, a reportar activos financieros en el extranjero, en caso de que el valor de estos excedan los límites permitidos por el *IRS*, los cuales van de \$50,000 a \$200,000

³⁰ Internal Revenue Service, *Instructions for Form 8938 Statement of Specified Foreign Financial Assets*, E.U.A., 2017, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i8938.pdf>

³¹ Internal Revenue Service, *Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR)*, E.U.A., 23 de septiembre de 2020, <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/report-of-foreign-bank-and-financial-accounts-fbar>

dólares americanos.³² Entre los “activos” que es obligatorio reportar se encuentran cuentas bancarias, acciones societarias en empresas extranjeras e instrumentos financieros y contratos con extranjeros. Las sanciones por no hacer esta declaración van desde \$10,000 hasta \$50,000 dólares americanos, además de penas privativas de libertad.

En cuanto a la segunda, el requisito consiste en reportar algún interés financiero o poder de firma en alguna cuenta bancaria extranjera, ante el Departamento del Tesoro Estadounidense, hasta antes del 15 de abril del año calendario, para reportar el año previo. El criterio para presentar este reporte es que la cuenta en cuestión exceda de \$10,000 dólares americanos. Esta obligación aplica tanto a personas físicas como a personas morales. Las penalidades por no presentar este reporte son muy serias. De acuerdo con el *United States Code 31 U.S.C. section 5321(a)(5)*, las sanciones civiles van de \$25,000 a \$100,000 dólares americanos, permitiendo sanciones penales privativas de libertad que van de los cinco a diez años, bajo el *United States Code 31 U.S.C. section 5322*.

Como se deduce, el sistema fiscal estadounidense sobre sus ciudadanos y residentes legales fuera de su territorio es estricto y en contra del principio tributario de la no confiscatoriedad³³, supuesto en el cual el estado no debe recaudar la mayor parte del patrimonio del contribuyente, puesto que convierte propiedad privada en pública sin retribución alguna. Las obligaciones fiscales arriba mencionadas son adicionales a las que cualquier otro ciudadano o residente en territorio estadounidense debe presentar, lo que requiere ayuda de profesionales y conocer el intrincado sistema fiscal de ese país.

La mayoría de estadounidenses fuera de su territorio considera que esto es injusto, complicado y abusivo, he ahí el porqué de que varios de ellos

³² Este requisito aplica a ciudadanos estadounidenses residentes en otros países y a ciudadanos o residentes de Estados Unidos con presencia en otro país por un período de 330 días en los 12 meses previos.

³³ Darby, Joseph J., “Confiscatory Taxation”, *The American Journal of Comparative Law*, E.U.A., Vol. 38, 1990, p. 545-555.

opten por incumplir con todos estos requisitos. Anterior a la ley *FATCA*, en 2010, los estadounidenses que caían en estos supuestos jurídicos cumplían de manera voluntaria, pero lógicamente eran muy pocos. Después de *FATCA*, y con la nueva posibilidad de que autoridades fiscales extranjeras colaboren con el *IRS* transmitiéndole información privada de estadounidenses, e incluso apoyando con el cobro coactivo, los estadounidenses en el extranjero se encuentran en una situación muy complicada si incumplen con las declaraciones de impuestos arriba descritas.

Esto deriva entonces en la renuncia voluntaria a la ciudadanía o residencia estadounidense. Las severas sanciones civiles y penales por omisión, negligencia o simple incumplimiento llevan a este grupo de personas a enfrentar este dilema moral y personal. Se ven forzados a hacerlo.

Para regresar al caso de este estudio, de acuerdo con un censo de la ONU del año 2015, había en México un total de 876,528 estadounidenses radicando permanentemente.³⁴ Llegan al país por una serie de motivos, incluyendo mejor calidad de vida, acceso a servicios de salud asequibles, cercanía con su país de origen, mejores condiciones para una vida en retiro, gusto por la cultura, motivos laborales o por lazos afectivos con nacionales mexicanos. Asimismo, un gran número de ellos no planean residir en Estados Unidos nuevamente, haciendo de nuestro país su destino final. Para estas personas una situación lógica y deseable es dejar de verse sometidos a la jurisdicción estadounidense en materia fiscal, por lo que renunciar a su ciudadanía es una opción perfectamente viable.

³⁴ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, *Trends in International Migrant Stock: Migrants by Destination and Origin*, 2015, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/data/UN_MigrantStockByOriginAndDestination_2015.xlsx

De acuerdo con varias publicaciones internacionales, incluyendo la revista Forbes³⁵, el promedio de estadounidenses que renuncian a su ciudadanía fue de casi 6000 en el año 2017. La cifra oficial se emite en la publicación de leyes y reglamentaciones federales estadounidense *Federal Register*³⁶ cada trimestre. Este número varía año con año, pero es relevante mencionar que dichas renunciaciones se incrementaron marcadamente desde 2010, la entrada en vigor de FATCA. Previamente a ese año, los datos oficiales reportaban abandonos anuales menores a 1000 personas, pero dicho número se ha disparado desde entonces.³⁷ Esto sin mencionar que la lista no incluye el total de los que abandonan los Estados Unidos de manera permanente y sin reportar el cambio.

Existen varias causas que motivan a un estadounidense a renunciar a su ciudadanía, pero un tema recurrente es FATCA, ley que ha probado ser una pesadilla para ellos.³⁸ Debido a que ahora los bancos extranjeros ubicados en países signatarios del acuerdo FATCA son conscientes de sus nuevas obligaciones de divulgación de información, se da el caso que estos se niegan a abrir cuentas nuevas a ciudadanos estadounidenses en primer lugar.

Adicional a FATCA y FBAR, los estadounidenses en el extranjero además tienen que cumplir con las obligaciones fiscales domésticas del país en el que se encuentren trabajando, pues cada estado tiene el derecho a gravar ingresos originados en su territorio. Por si esto fuera poco, en el caso de que

³⁵ Wood, Robert W, "Long List of Americans Who Renounced Citizenship Is More About Taxes Than Trump", *Forbes*, E.U.A., 2017, <https://www.forbes.com/sites/robertwood/2017/08/04/long-list-of-americans-who-renounced-citizenship-is-more-about-taxes-than-trump/#747808b816b9>

³⁶ El *Federal Register* de Estados Unidos es el equivalente al Diario Oficial de la Federación de México.

³⁷ Burgraff Helen, "Yet more surprises in latest (and largest ever) quarterly U.S. renunciation names list, renounce-data-watchers say", *American Expat Financial News Journal*, E.U.A., 11 de mayo de 2020, <https://americanexpatfinance.com/news/item/436-more-surprises-in-latest-quarterly-renunciation-list>

³⁸ FATCA originalmente es una ley federal estadounidense aprobada por su Congreso, pero también es un acuerdo internacional cuando otros países se comprometen a dar cumplimiento a la misma y a colaborar con autoridades fiscales de Estados Unidos en sus términos.

el estadounidense decidiera renunciar a su ciudadanía, el gobierno estadounidense no se lo hace fácil ni económico. Para esto el estadounidense debe pagar un derecho por renunciar de un costo aproximado de \$2350 dólares. Además, es necesario probar al *IRS* un período de 5 años de cumplimiento con leyes fiscales previas a la fecha de renuncia.

La institución Británica BBC publicó otro interesante reportaje en 2016³⁹ referente a otra historia de una ciudadana de Estados Unidos, *Jane*, quien trabajaba y vivía en Francia desde 30 años atrás, y siempre había declarado impuestos al *IRS* (y a Francia), y que se vio obligada a renunciar a su ciudadanía debido a los requisitos fiscales de *FATCA*. Este artículo se enfocaba, entre otras cosas, en el *denigrante proceso* que era abandonar la ciudadanía estadounidense, pues la obligaba a hacerlo en persona, en la embajada de ese país, en presencia de sus connacionales, y lo que es peor, su nombre aparecería en el *Federal Register*.

En efecto, este medio de comunicación gubernamental estadounidense menciona a todos y cada uno de los individuos que renuncian a esa ciudadanía, convierte esta información en pública y consultable por cualquier persona, interesada o no. De acuerdo con *Jane*, el fin de esto es desincentivar la renuncia a través de la humillación pública.⁴⁰

Otra historia es la de *Fabien*, francés que nació “por accidente” en Estados Unidos, fue llevado a Europa a los 18 meses de edad, y quien ni siquiera habla inglés a la fecha. Fabien se encontraba en medio del proceso de *renunciar* a la ciudadanía estadounidense, para lo cual primero tenía que

³⁹ Newlove, Russell, “Why expat Americans are giving up their passports”, *BBC NEWS*, Reino Unido, 2016, <http://www.bbc.com/news/35383435>

⁴⁰ Como ejemplo, se adjunta la actualización más reciente de los estadounidenses que han renunciado a su ciudadanía o residencia permanente, al día primero de agosto de 2018. El *Federal Register* menciona por nombre a los renunciantes en el documento: “Quarterly Publication of Individuals, Who Have Chosen To Expatriate, as Required by Section 6039G”; traducido como: “Publicación trimestral de individuos que han escogido expatriarse...”, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2018-08-01/pdf/2018-16475.pdf>, consultado el 22/08/2018.

“entrar” al sistema fiscal de ese país, pagando multas por los últimos 5 años, y luego pagar derechos por “salir”.

Es claro que la ley *FATCA* tiene consecuencias no previstas originalmente (no buscaba que aumentara el número de expatriados), pero el resultado es absurdo y contraproducente, como en los casos descritos. El origen de la ley era detectar y disuadir abusos y fraudes cometidos con cuentas en paraísos fiscales a través de transparencia y sanciones severas. En otras palabras, *FATCA* estaba destinado a gravar a otro tipo de contribuyentes, pero terminó castigando a ciudadanos comunes y aún peor, a personas sin ningún lazo personal hacia Estados Unidos. Paradójicamente, otro de los objetivos de *FATCA* fue la creación de empleos en E.UA., utilizando para ello los recursos obtenidos por gravar estadounidenses en el extranjero. La creación de dichas fuentes de empleo doméstico trajo como efecto colateral la disminución en el patrimonio de los estadounidenses en el exterior, así como su abandono a su propia patria.

FATCA tiene otra consecuencia imprevista, pero igual de negativa. Un principio de la democracia estadounidense es que, si el gobierno retiene impuestos de sus ciudadanos, estos deben tener un representante en el congreso que luche por sus derechos, pues contribuyen a los gastos públicos. Bajo *FATCA*, alrededor de 9 millones de personas en el extranjero son duramente gravadas, más aún que aquellos en territorio estadounidense, con la diferencia de que nadie los representa en el congreso, al menos no como a un grupo.

Esto es lo que llaman “*taxation without representation*”, o “retención sin representación”⁴¹, lo cual constituye otro efecto de *FATCA* que ataca

⁴¹ Un ejemplo de *retención sin representación* es la capital de Estados Unidos, Washington DC. Por ser un distrito que pertenece a la Federación, pero no un estado, no tiene representación ante el Congreso, lo cual parece injusto a sus residentes y es una de sus reclamaciones permanentes, puesto que son sujetos de retención de todos los impuestos federales, pero no se les asigna ningún representante que vote por ellos y sus necesidades en el Congreso. Esta inconformidad ha sido tan generalizada, que las placas de vehículos en esa ciudad llevan la frase “TAXATION WITHOUT REPRESENTATION” cruzada con rojo, como muestra de reclamo por parte tanto de residentes del Distrito de Columbia como de sus autoridades municipales.

principios básicos de igualdad, para los estadounidenses por una parte, pero abusivo en general para otras naciones que se obligaron a través de este acuerdo por presiones políticas de Estados Unidos, por la otra.

II. EL SISTEMA DE COMUNICACIÓN Y COOPERACIÓN FISCAL ENTRE AUTORIDADES.

Como se mencionó al principio de este trabajo, los avances de la tecnología aplicados al derecho mercantil han aumentado el volumen de las transacciones comerciales internacionales de un modo no visto antes. Sin embargo, por el lado de los gobiernos de los países involucrados en estas transacciones, carecen o han carecido de la misma rapidez y flexibilidad para colaborar de manera conjunta en la fiscalización de esos flujos de que gozan individuos y multinacionales, debido a los conceptos de soberanía, autonomía, sistemas rígidos y formales para cooperar que requieren aprobación de sus congresos, por no mencionar que se trata de burocracias que con frecuencia se basan en distintos sistemas legales, distintos idiomas y finalmente, no siempre estos países tienen la mejor relación con nivel gobiernos.⁴²

Es por ello que desde el siglo XIX han surgido diversos acuerdos de cooperación fiscal, originalmente en Europa, que se han ido transformando con el tiempo, y esta materia es mutante, pues evoluciona continuamente, hasta los tipos de acuerdos que tenemos hoy día, materia de este estudio.

⁴² Para ilustrar lo anterior, solo se requiere ingresar al sitio web de Amazon en Alemania para adquirir un artículo, pagarlo con tarjeta de crédito y recibirlo en México. Esta transacción es independiente de la existencia de un tratado comercial con ese país, pero el acto jurídico descrito tiene consecuencias legales (lucro) en ambos estados, por lo que requiere de un tratado de colaboración fiscal, el cual existe, pero las partes involucradas llevan a cabo la compraventa sin detenerse a investigar si hay tratado o no. La misma situación se replica en el mundo de los negocios internacionales. Otro ejemplo son los llamados “*Nómadas digitales*”, quienes realizan transacciones mercantiles por medio de internet, no se ubican físicamente en ninguna jurisdicción en particular, cruzan fronteras con frecuencia (por ello son “nómadas”) y no tributan en ninguna parte por sus actos lucrativos. Esta situación es de reciente aparición y las autoridades fiscales aún no la controlan.

En los nuevos acuerdos el concepto de soberanía es relativo, pues incluyen mecanismos para forzar la cooperación que incluso han sido impugnados en diversas cortes internacionales, cuando transgreden disposiciones de derecho interno.

1. *Los tratados fiscales*

Los principales sujetos de derecho internacional público, los estados, mantienen y profundizan sus relaciones entre sí a través de los instrumentos jurídicos llamados comúnmente *Tratados Internacionales*. Existe desde luego un instrumento jurídico internacional que los regula, y es una de las convenciones de Viena, llamada Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969⁴³. En el capítulo III de esta investigación se profundizará sobre la naturaleza jurídica del acuerdo *FATCA*, puesto que es un acuerdo que no requiere la aprobación del senado tal como lo establece el artículo 76 fracción I de la Constitución, por lo que en dicho capítulo se revisarán las leyes federales que regulan lo regulan y se explorará la hipótesis de su cumplimiento o incumplimiento con dichas leyes.

Es el caso que, debido a la interrelación inevitable entre estados, la cual comprende movimiento de personas, bienes y capitales, en su concepto original, pero que ahora incluye los servicios y valores intangibles de la economía digital, estos enfrentan el reto de fiscalizar dichos capitales, que hoy más que nunca se transfieren libremente y se originan en una jurisdicción, pero terminan en otra. Esta realidad rebasa en muchos sentidos la capacidad de actuación de los Estados. Es por ello que, incluso desde el siglo XIX y originalmente en Europa, los estados comenzaron con los orígenes formales de lo que es la cooperación fiscal internacional.⁴⁴

⁴³ *Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados*, Viena, Austria, firmado el 23 de mayo de 1969.

⁴⁴ Los acuerdos de colaboración fiscal se originan en Europa debido a la cercanía de múltiples estados y al incesante cruce de fronteras de sus ciudadanos, lo cual ha desarrollado también las teorías de derecho internacional privado, y el derecho del comercio

1.1 Los primeros tratados fiscales

Bélgica fue uno de los primeros estados en celebrar acuerdos bilaterales con el fin de gravar personas o actos con puntos de conexión en el extranjero. En 1843, Bélgica celebró un acuerdo con Francia para asistencia administrativa recíproca, y se enfocaba principalmente en impuestos por herencia.⁴⁵ Posteriormente, en 1845, Bélgica firmó acuerdos similares con Luxemburgo y Holanda.⁴⁶ Además de esos impuestos, los acuerdos cubrían impuestos a la propiedad, que eran los más relevantes en ese tiempo. Es importante hacer notar que su objetivo era regularizar la relación informal que existía entre las autoridades recaudatorias de esos países, y por lo tanto eran en realidad algo similar a “acuerdos de entendimiento”⁴⁷, y eran firmados por miembros de dichas administraciones y no por jefes de estado, ni ratificados por parlamentos o congresos.

El presente estudio se enfoca en un acuerdo similar, el cual no fue celebrado por jefes de estado. Por tanto, líneas adelante nos enfocaremos en

internacional actualmente estructurado bajo la Organización Mundial de Comercio. De esta forma, los acuerdos fiscales comenzaron en Europa, pero en décadas posteriores se replicaron en otros continentes.

⁴⁵ Richelle, Isabelle y Traversa, Edoardo, *The History of double taxation conventions in Belgium*, Bélgica, Anthemis, Groupement belge de l'IFA - Centre d'étude de droit fiscal, 2013, p.53-71.

⁴⁶ La razón por la que se regulaba la cooperación fiscal “por herencia” obedece a que ocurrían testamentos originados en un estado, disponiendo de bienes reales ubicados geográficamente en otro.

⁴⁷ “Un memorando de entendimiento es un instrumento internacional de índole menos formal. A menudo, sirve para establecer disposiciones operativas bajo un acuerdo marco internacional. También se utiliza para la regulación de cuestiones técnicas o de detalle. Por lo general, toma la forma de un instrumento único y no requiere ratificación. Puede ser emitido tanto por Estados como por organizaciones internacionales. Habitualmente, las Naciones Unidas celebran los memorandos de entendimiento con los Estados miembros para organizar sus operaciones de mantenimiento de la paz o para organizar conferencias de la ONU; también se celebran memorandos de entendimiento acerca de la cooperación con otras organizaciones internacionales.” Naciones Unidas, *Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas*, Colección de Tratados, 2018, <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#memoranda>

su naturaleza jurídica con el fin de determinar su efecto vinculante. Los acuerdos pioneros de Bélgica aún son vigentes al día de hoy.

Otros antecedentes sobre acuerdos de cooperación fiscal:⁴⁸ La Conferencia de Génova de 1928, la cual creó los siguientes acuerdos: *Proyecto para la prevención de la doble imposición en el ámbito de los impuestos directos; Proyecto para la prevención de la doble imposición en el ámbito del impuesto sobre sucesiones; Proyecto para la asistencia administrativa en materia de impuestos; Proyecto de Convenio sobre asistencia judicial en materia de recaudación de impuestos.*

Los anteriores tratados y acuerdos derivaron en la creación de los convenios modelo celebrados en México D.F. en 1943: *Modelo de Convenio bilateral para la prevención de la doble imposición de las rentas; Modelo de Convenio bilateral para la prevención de la doble imposición de sucesiones; Modelo de Convenio bilateral para la asistencia recíproca en la evaluación y cobro de impuestos directos.* La Liga de las Naciones auspició una conferencia en la capital mexicana en ese entonces, la cual produjo dichos modelos de colaboración fiscal, los cuales enfatizaban el cobro de impuestos a no residentes por parte de los países en los que se localizara la fuente de los ingresos, buscando incrementar la recaudación por países en desarrollo (pues en estos se encontraba físicamente la fuente).

Tres años después, en 1946, tuvo lugar otra convención, también auspiciada por la Liga de las Naciones, esta vez en Londres. En dicha convención, se buscó enfatizar la recaudación pero no por no parte de los países en los que se encontraba la fuente, como en los convenios de México, sino por parte de los países exportadores de capital.⁴⁹ Ni los convenios de

⁴⁸ Collado Yurritia, Miguel Ángel, et al. *Intercambio Internacional de Información Tributaria: Avances y Proyección Futura*, Navarra, Thomson Reuters, 2011, p.36.

⁴⁹ Santos Theriot, Luis, *Derecho Fiscal Internacional*, Granada, Comares, 2011, p. 31.

Londres ni los de México se convirtieron en vinculantes, pero si fueron los antecedentes de los acuerdos modernos sobre doble imposición.⁵⁰

En 1963 el comité fiscal de la Organización Europea para la Cooperación Económica, antecesor de la OCDE, emite el documento *Proyecto de Convenio para evitar la doble imposición respecto a los impuestos sobre la renta y el patrimonio*, que posteriormente se convirtió en el Modelo de Convenio sobre doble tributación de la OCDE.⁵¹

2. Los convenios internacionales frente al dualismo y el monismo

Existe una doctrina clásica en el derecho internacional que establece la jerarquía del mismo respecto al derecho interno de los países. El tema es relevante para este estudio, pues se trata de determinar, entre otras cosas, la validez de un acuerdo internacional (tributario, en este caso) frente al orden jurídico interno (el de México), así como de analizar el fenómeno de la aplicación de una ley doméstica interna (ley *FATCA*, E.U.A.) de manera extraterritorial (en México).

La doctrina en cuestión establece los principios del *dualismo* y el *monismo*. Conviene establecer cual teoría sigue tanto el estado mexicano como el estadounidense, para tener una idea aproximada con el fin de determinar la validez del acuerdo *FATCA* en su aplicación en nuestro país.⁵² Además, se analizarán disposiciones de derecho internacional de la ONU relativas a la jerarquía de normas internacionales contra derecho interno,

⁵⁰ La importancia de los Convenios de México y los de Londres radicó en que los primeros se enfocaban en otorgar prelación de cobro a los países en los que se generaban los ingresos, mientras que los segundos se la otorgaban a los países que los enviaban a otras jurisdicciones. Los acuerdos para evitar la doble tributación actuales aún utilizan ambas teorías, dependiendo el acuerdo.

⁵¹ Collado Yurritia, op. cit., p. 37.

⁵² *FATCA* se puede entender, a la luz de las teorías dualista y monista, como un derecho doméstico que se aplica dentro de otro derecho doméstico. Es por ello que se basa en la teoría *monista internacional*. La teoría dualista no admitiría como válida esa situación.

en particular, lo que establece al respecto la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.⁵³ Comenzaremos con el dualismo y el monismo.

El autor Humberto Nogueira Alcalá⁵⁴ menciona que la teoría dualista, fundada por el jurista alemán Carl Heinrich Triepel, establece que derecho internacional y derecho interno son ajenos uno del otro, y no interactúan. En otras palabras, uno niega la existencia del otro.

Por otro lado, la doctrina monista, representada por Hans Kelsen, establece que existe un sistema jurídico único, y que la prevalencia del derecho interno sobre el internacional deriva en el monismo interno o monismo internacional (esta teoría, en contraste con la dualista, establece que ambos cuerpos de ley se encuentran integrados, y que dependiendo la situación jurídica concreta uno puede prevalecer sobre el otro. Pero no se niegan mutuamente.)

La teoría Monista Interna sostiene que “no hay más derecho que el derecho del estado”.⁵⁵ El derecho internacional se adapta o es una simple expresión del derecho estatal. Es la forma en la que el estado se relaciona con otros estados. En todo caso, esta teoría admite que son sistemas jurídicos que se interrelacionan.

Por su parte, la Teoría Monista Internacional establece que el derecho internacional es superior al derecho estatal, y niega que una disposición de este pueda imponerse jerárquicamente al primero.

La teoría Dualista sostiene que el derecho internacional y el derecho interno son entes jurídicos separados, y el primero solo aplica al segundo únicamente cuando este lo admite dentro de su propio sistema jurídico.⁵⁶

⁵³ La Comisión de Derecho Internacional de la ONU, o *International Law Commission*, busca codificar el derecho consuetudinario internacional, con el fin de eliminar la incertidumbre que existe en la costumbre no escrita, así como terminar con las lagunas de la ley, dando precisión a conceptos abstractos.

⁵⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, et al., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales Núm. 193,1998.

⁵⁵ Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 16 ed., México, Porrúa, 1991, p. 67.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 68.

El autor clásico de derecho internacional público César Sepúlveda hizo un interesante análisis de la cuestión de la supremacía de uno u otro derecho. En su obra *Derecho Internacional*, menciona un antiguo caso de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, que a la luz de esta dicotomía entre derecho internacional v. derecho interno, originalmente establecía la regla: *international law is a part of the law of the land*⁵⁷, entendiéndose como “el derecho internacional es parte del derecho del país”, sugiriendo una postura monista moderada, como se ha explicado líneas arriba, en la que ambos derechos se interrelacionan.

En otro caso que muestra la interrelación de derecho internacional con derecho doméstico, el autor cita una vez más jurisprudencia estadounidense, *Charming Betsey*⁵⁸, en la que un juez de la Suprema Corte declaró: “Una ley del Congreso no debe nunca interpretarse en el sentido que viole el Derecho Internacional si queda alguna otra posible interpretación”. Un caso más citado en la misma obra, refiriéndose a una controversia entre Guatemala y Estados Unidos, enuncia el siguiente principio, que se repite en otros cuerpos jurídicos internacionales y que servirán de parámetro para esta investigación⁵⁹:

“Es un principio establecido de Derecho Internacional que un soberano no puede esgrimir su propio derecho como un obstáculo para impedir una reclamación internacional.”

July 24, 1930. Schufeldt Claim. Sir Herbert Sisnett, Arbitrator.

El autor cita entonces disposiciones constitucionales de diversos países, que establecen la prioridad entre derecho internacional y derecho interno, como la constitución de Francia de 1946⁶⁰;

⁵⁷ *The Paquete Havana*, 175, U.S. 677, 700 (1900). El caso se refiere a la guerra de Estados Unidos contra España, en la que la Marina estadounidense capturó dos embarcaciones comerciales. Los dueños de estas demandaron ante cortes de ese país, a lo que la Suprema Corte determinó que la costumbre jurídica internacional determinaba que las embarcaciones pesqueras eran exentas de ser capturadas en la guerra, dando prioridad al derecho internacional público sobre el derecho estadounidense.

⁵⁸ *Murray v. The Charming Betsey*, 6 U.S. 64 (1804).

⁵⁹ Sepúlveda, César, op.cit., nota 53, p. 72.

⁶⁰ Ídem.

Los tratados diplomáticos regularmente ratificados y publicados tienen fuerza de ley, aun en el caso de que fueran contrarios a las leyes internas francesas y sin que haya necesidad para asegurar su aplicación, de otras disposiciones legislativas, de aquéllas que fueren necesarias para asegurar su ratificación.

Para concluir con la obra *Derecho Internacional*, esta cita constituciones de Alemania, Bélgica, Suiza, España e Italia, todas en el mismo sentido; los tratados internacionales someten a las legislaciones internas. En el caso de los tratados de auto aplicación, es decir, que no requieren legislación federal interna para implementarlos, ofrecen pocas o cero complicaciones. Si en efecto la requirieran, (*self executing v. non self executing*⁶¹) y ambos cuerpos de leyes contuvieran preceptos contradictorios, el conflicto ya no sería de derecho internacional contra derecho interno, sino de una ley interna contra otra, pues el primero fue incorporado al segundo constitucionalmente. Ese es el caso de México, como lo establece el artículo 133 constitucional que a la letra dice:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Nuestra nación ha seguido una tradición monista moderada o la llamada *Monista Internacional*; tradicionalmente, México ha dado prioridad al derecho internacional (los tratados firmados y ratificados por México) sobre el derecho interno.

Una muestra de esto, ya no sobre jurisprudencia antigua, sino sobre conflictos dentro del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,

⁶¹ “The former are able to operate automatically within the domestic sphere, without the need for any municipal legislation, while the latter require enabling acts before they can function inside the country and bind the American courts”; lo cual se traduce como: “Los primeros pueden operar automáticamente dentro de la esfera doméstica, sin necesidad de legislación municipal, mientras que los últimos requieren un acto que les confiera poder antes de poder funcionar dentro del país y obligar a las cortes Estadounidenses”; Shaw, Malcom N., *International Law*, 6a. e., Reino Unido, Cambridge, 2008, p. 162.

antecesor del T-MEC, existen a la fecha un número de casos de arbitraje entre nuestro país y los Estados Unidos, en materia de inversión extranjera, que muestran la forma en la que se han aplicado las doctrinas monista o dualista en relación con el derecho internacional, sobre el derecho doméstico.

En ese sentido, es relevante mencionar los principios de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, integradora de la costumbre jurídica internacional en textos de leyes. En particular, el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, o *Draft Principles of State Responsibility*⁶² se refieren, en sus artículos 2, 3, 12 y 32, a la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho interno cuando se trata de actos “internacionalmente ilícitos”, siendo estos causa de “responsabilidad internacional.”⁶³

Artículo 2

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 3

Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Artículo 12

Existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Artículo 32

Irrelevancia del derecho interno

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

⁶² United Nations International Law Commission, *Draft Principles of State Responsibility*, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

⁶³ De acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, cuando un estado incurre en responsabilidad internacional en perjuicio de otro, está obligado a la reparación del daño causado; en estos casos la Corte Internacional de Justicia, órgano de la ONU, tiene jurisdicción para conocer sobre la materia, por tratarse de conflictos entre sujetos de derecho internacional público.

Los *draft principles* establecen que un Estado incurre en responsabilidad internacional cuando incumple con una obligación internacional (como un convenio internacional ratificado por el senado), y establece claramente que el estado no puede argumentar cumplimiento con disposiciones de derecho interno para incumplir con una obligación internacional (a.32).

En los conflictos del TLCAN, en materia de inversión extranjera (*Metalclad v. México*⁶⁴; *Waste Management v. México*⁶⁵; *Azinian v. México*⁶⁶), los árbitros aplicaron los principios de los *Draft Principles* para interpretar las obligaciones del tratado, así como decidir si disposiciones de derecho interno de México, incluyendo decretos y cancelación de licencias, o incumplimiento de contratos y revocación de concesiones gubernamentales, eran válidos frente a compromisos internacionalmente adquiridos, siendo la respuesta negativa por lo general.

Este trabajo se enfoca en un instrumento jurídico internacional celebrado entre México y E.UA. En capítulos subsiguientes analizaremos la validez y supremacía, en caso de haberla, de dicho instrumento sobre el derecho doméstico, puesto que no se trata de un tratado con “aprobación del senado” como establece el artículo 133 constitucional.

⁶⁴ En este caso, un inversionista estadounidense demandó a México ante un tribunal del capítulo 11 del TLCAN por “medidas equivalentes a la expropiación, cuando autoridades de San Luis Potosí impidieron la operación de un confinamiento de residuos peligrosos operado por dicho inversionista.

⁶⁵ El caso se refiere un arbitraje del capítulo 11 en el que un inversionista estadounidense demandó a México por trato injusto e inequitativo, cuando el municipio de Acapulco y la financiera Banobras incumplieron financieramente con un proyecto de inversión conjunta en la recolección de basura en dicho municipio. El tribunal arbitral excusó a México por *force majeure*, al ser Acapulco azotado por un desastre natural.

⁶⁶ Inversionistas de Estados Unidos demandaron a México ante un tribunal del capítulo 11 del TLCAN por “medidas equivalentes a la expropiación”, cuando les fue cancelado un contrato público para la recolección de basura en el municipio de Naucalpan, estado de México, por incumplir con sus obligaciones contractuales. El panel negó a los inversionistas la compensación que solicitaban al determinar que les mintieron a las autoridades de Naucalpan sobre su capacidad de cumplimiento.

Podemos entonces mencionar que, frente a la doctrina clásica del monismo y dualismo, los derechos doméstico e internacional no son mutuamente excluyentes como lo establece la teoría dualista, sino que se complementan y superponen, como lo determina la teoría monista. En el caso de la ley *FATCA*, no solo se superpone con derecho doméstico, sino que se trata, en su intención original, de una ley de un estado (derecho doméstico de Estados Unidos), con efectos extraterritoriales en otro país (derecho doméstico de México, en este caso).

En capítulos subsiguientes, analizaremos la validez de esta extraterritorialidad, pues la propia Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido en diversos precedentes hasta donde puede extenderse su derecho doméstico fuera de las fronteras, lo que han llamado dichos jueces, *long arm statute*, o el “estatuto de brazo largo”⁶⁷.

3. *Acuerdos de colaboración en materia fiscal*

3.1. *El derecho de los tratados*

En materia de acuerdos internacionales, el llamado “derecho de los tratados” es la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969* que entró en vigor en 1980. Esta regula lo que entendemos hoy como *Tratados Internacionales*, los cuales implican las etapas de celebración de los mismos así como las condiciones para enmendarlos, modificarlos y

⁶⁷ Uno de esos precedentes sobre “el estatuto de brazo largo” es el caso *United States v. Alvarez Machaín*, en el que la Suprema Corte determinó que la detención ilegal del ciudadano Mexicano Humberto Alvarez Machaín, en territorio de México, y posterior traslado a los Estados Unidos sin extradición no viciaba el proceso. Lo anterior es notorio pues de acuerdo con reportes de esos años (1985) dicha persona fue entregada a agentes norteamericanos en México por dos “cazarrecompensas”; Alvarez Machaín participó en la tortura y asesinato de un agente de la DEA en Guadalajara, pero al determinar que un arresto ilegal fuera de su territorio era válido, la Corte estadounidense se atribuyó el poder de violar la soberanía territorial de otro estado en ejecución de sus leyes. Por consecuencia, se concluye que una ley con efecto extraterritorial (*FATCA*) es permitida por el sistema legal de ese país. Esta invasión de soberanía por la ley *FATCA* ha sido impugnada en tribunales de Canadá.

terminarlos, entre otros. Además, la Convención de Viena regula de manera estricta la entrada en vigor de los tratados. El artículo 14 de la Convención establece el consentimiento en obligarse por medio de ratificación, aceptación o aprobación.⁶⁸

Se cita a continuación:

14. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación.

I. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.

En seguimiento al proceso de aprobación de un tratado internacional, de acuerdo con estas normas, la Constitución Mexicana, en el artículo 76 fracción I. atribuye al Senado la facultad de aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que suscriba el Ejecutivo. *FATCA* no se encuentra en dicha categoría de tratados, pues no requiere la aprobación del Senado, por lo que se trata de un tipo de acuerdo diferente, cuya naturaleza jurídica se discutirá más adelante. Conviene entonces definir qué tipo de acuerdo es el *FATCA*, y si el “derecho de los tratados” le es aplicable. La Convención de Viena establece, en su artículo tercero lo siguiente:

3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención. El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará: a) al valor jurídico de tales acuerdos; b) a la

⁶⁸ Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, Viena, Austria, firmado el 23 de mayo de 1969.

aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención; c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre si en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

Por ende concluimos que, del texto de la Convención de Viena, se deduce que no excluye la aplicación de la misma al *FATCA* tal como lo establece el inciso b) arriba mencionado, y esto debido a que este acuerdo se apoya en otras convenciones internacionales, estas si, aprobadas por el senado Mexicano, tal como lo establece el *FATCA* en el preámbulo, que se cita a continuación:

Considerando que las disposiciones de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecha en Estrasburgo el 25 de enero de 1988; el Artículo 27 del Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta, hecho en Washington el 18 de septiembre de 1992; y el Artículo 4 del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América para el Intercambio de Información Tributaria, hecho en Washington el 9 de noviembre de 1989 (el "AIIT"); (en conjunto, las "Convenciones") autorizan el intercambio de información para fines fiscales, incluso de forma automática;

De manera que la aplicación de la Convención de Viena al acuerdo *FATCA* sería previsible, pues se encuentra establecida en su texto. Sin embargo, esta investigación examinará el cumplimiento con el derecho doméstico mexicano de este acuerdo internacional que no tiene categoría de tratado ratificado por el senado, pero que, tal como la Convención de Viena describe, se encuentra en la categoría de "otros acuerdos". Estos son válidos, siempre y cuando cumplan con lo que establecen las leyes federales mexicanas, y este es el test que *FATCA* no aprueba. Esta hipótesis se extenderá en el tercer capítulo de este trabajo.

3.2. *Los tratados para evitar la doble tributación y los acuerdos de intercambio de información y colaboración fiscal*

En materia de colaboración fiscal se han mencionado ya los precursores, los acuerdos entre naciones europeas para gravar impuestos sobre propiedad y herencias, entre otros. También se han mencionado las convenciones, más parecidas a las que tenemos hoy, que surgieron de la Liga de las naciones, tanto en México como en Londres. La primera dando prioridad para gravar al estado anfitrión de la empresa extranjera (bajo el concepto de la fuente del ingreso), y la segunda, priorizando al estado exportador de capital (donde la empresa matriz se incorporó originalmente). Ninguna de las convenciones se concretaron en acuerdos vinculatorios, pero su importancia radica en que fueron los primeros intentos para regular la doble tributación. El Legal Information Institute de Cornell define este concepto como:

Double Taxation

Refers to the imposition of taxes on the same income, assets or financial transaction at two different points of time. A common example is the taxing of shareholder dividends after taxation as corporate earnings. Another common example is taxes on income imposed by one country, after the same income has already been taxed by another country. However, many countries have signed treaties to prevent this form of double taxation from occurring to foreign corporations⁶⁹

Lo cual se traduce de esta manera:

“Doble tributación

Se refiere a la retención de impuestos sobre el mismo ingreso, activos o transacción financiera en dos distintos puntos en el tiempo. Un ejemplo común es la retención de dividendos de accionistas después de la retención de ingresos corporativos. Otro es el impuesto sobre el ingreso retenido por un país, después de que el mismo ingreso ha sido retenido por otro país. Sin embargo, varios países han firmado tratados para impedir que esta doble retención les ocurra a empresas extranjeras.”

⁶⁹ Legal Information Institute, *Double Taxation*, Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/double_taxation

Para hablar sobre la doble imposición, doble tributación, doble fiscalización o doble retención, las cuales se toman como sinónimos, e implican la potestad del estado de gravar supuestos económicos, como bienes, actividades, servicios, entre otros, debemos decir que el resultado de dicho fenómeno da lugar a consecuencias injustas y que afectan la inversión y el comercio.

Si más de un estado grava un acto de lucro realizado por el mismo contribuyente, el cual tiene puntos de conexión en dichos estados, esto haría que el acto de lucro dejará de existir, pues las ganancias potenciales se dividirían en los estados que tengan derecho de cobro, lo cual desincentivaría la inversión y el comercio.

En el marco de los acuerdos fiscales internacionales de cooperación existen dos categorías: los tratados para evitar la doble tributación y los acuerdos bilaterales de intercambio de información.⁷⁰ Los primeros entran en el rubro del “derecho de los tratados”, o la convención de Viena, pues cumplen a cabalidad con sus requisitos. Los segundos se ubican en la segunda categoría de “otros acuerdos”, a los cuales les aplicaría la convención de Viena de manera supletoria.

3.2.1. Tratados para evitar la doble tributación.

En la primera categoría de tratados fiscales, se encuentran los acuerdos bilaterales para evitar la doble tributación.⁷¹ Estos se basan largamente en un modelo internacional emitido por la OCDE.⁷² Este paradigma incluye los tipos de impuestos que regula, que son relacionados

⁷⁰ Ambos son acuerdos fiscales, pero con distintos objetivos; los tratados para evitar la doble tributación buscan evitar que dos jurisdicciones graven el mismo acto jurídico de lucro, mientras que los acuerdos de intercambio de información buscan que las autoridades fiscales de distintas jurisdicciones compartan la información que poseen sobre sus respectivos contribuyentes fuera de sus países. FATCA cae en la segunda categoría.

⁷¹ Actualmente existen alrededor de 3000 acuerdos de este tipo, número que aumenta cada año. Arnold, Brian J., “An introduction to tax treaties”, 2018, <http://www.un.org/esa/ffd/capacity-development-tax/course-dtt.html>

⁷² Santos Theriot, Luis, op.cit., p. 71.

con la actividad lucrativa. Otros conceptos que el convenio de doble tributación define son: *residencia, establecimiento permanente, y fuente*.⁷³

En relación con el concepto de residencia, el criterio de estos tratados para considerar a alguien como “residente” y por tanto, sujeto de impuesto, es el haber permanecido más de 180 días físicamente en el país, aunque este criterio no es la regla para todos los países. Es importante aclarar que esa “residencia” solo aplica “para efectos fiscales”, no implica consecuencias en términos de derecho migratorio.

En relación con el concepto de establecimiento permanente, con frecuencia se refiere a una oficina fija, tienda, subsidiaria de multinacional, etc. En otras palabras, presencia física. Cuando existe un establecimiento permanente, el país en el que este se encuentra se adjudica el derecho a gravarlo.

Finalmente, en relación con el concepto de fuente, estos tratados se refieren a la fuente del ingreso, y esto puede interpretarse como en qué lugar está ubicado un cliente, o dicho de otra forma, de donde salieron los ingresos. En este caso es posible que no exista ni residencia ni establecimiento permanente, pero el origen del capital si se ubica en uno de los estados (caso de una tienda en línea con clientes internacionales. El país que gravaría sería aquel en el que estos se encuentren físicamente).

En este sentido, la OCDE se ha enfocado en los últimos años, en analizar el fenómeno de la economía digital, en la que el concepto de establecimiento permanente del siglo XX ha quedado rebasado. El proyecto de regulación fiscal internacional de la OCDE conocido como *BEPS* (“base erosion profit shifting”, o erosión de la base gravable a través del traslado

⁷³ En relación al concepto de residencia, el tratado indica que un *residente* de un estado esta obligado a contribuir, por el solo hecho de serlo; *establecimiento permanente* se refiere a operar un espacio físico (oficina, subsidiaria, etc) en territorio de un estado, teniendo que contribuir por ese hecho también; *fuentes* no se refiere a ninguno de los dos, sino al estado en el que se originen los ingresos, pudiendo gravarlos.

de beneficios) incluye la acción 1, en el documento “Addressing the Tax Challenge of the Digital Economy”.⁷⁴

En él, se establece lo que se conoce como “presencia virtual significativa” esto es, una empresa con actividad económica en un país de manera sustancial, pero careciendo de toda presencia física. Para lo anterior, se ofrecen principalmente servicios digitales (p. Ej., descargas electrónicas), se utilizan contratos electrónicos, se realizan pagos con tarjetas de crédito u otra forma de pago virtual, se ofrecen los servicios por medio de internet y el cliente no toma en cuenta la presencia física o no de la empresa en su país.⁷⁵ Los anteriores son los criterios para determinar lo que es presencia virtual significativa, el proyecto *BEPS* propone agregar comentarios con dichos criterios a sus modelos de convenios tributarios, los cuales eventualmente tengan efectos vinculantes.

Otro de los temas que regula el modelo de la OCDE es el de la jurisdicción fiscal. Esto es, cuál de los Estados tiene derecho primordial de cobro, y que conceptos de actividad lucrativa se gravarían. Entre estos, se mencionan salarios, dividendos de empresas, contratos, rentas, entre otros. Como se mencionó, el modelo otorga al país de la residencia el derecho de cobro.

El modelo de la OCDE menciona cómo opera el cobro de impuestos, o más específicamente, como se evita la multicitada “doble tributación”. Existen dos formas; la primera es a través de la simple exención de impuestos, la segunda se conoce como el método del crédito fiscal.

En cuanto a la primera, el estado, por razones convenientes para sí, como lo es atraer inversión extranjera, decide renunciar a su derecho de

⁷⁴ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

⁷⁵ Vaquer Ferrer, Francisco Antonio, “Establecimiento permanente y economía digital: Especial referencia a las empresas intermediadoras en el ámbito del turismo colaborativo”, *Bitácora Millennium DIPr*, Zaragoza, N° 3 (enero-junio 2016), 2016, <http://www.millenniumdipr.com/ba-42-establecimiento-permanente-y-economia-digital-especial-referencia-a-las-empresas-intermediadoras-en-el-ambito-del-turismo-colaborativo>

cobro de impuestos. Esto tiene un doble efecto. Por un lado, la empresa o individuo efectivamente pueden optar por determinado país para su actividad lucrativa por las exenciones recibidas. Por otro, el estado, a menudo un país en desarrollo, deja de percibir contribuciones necesarias para financiarse, por no mencionar que afecta a otras naciones que también renuncian a su facultad de cobro con el fin de ser ellas las beneficiarias de la inversión. En suma, todos pierden, o lo que es lo mismo, “se abaratan”, afectando a un hemisferio completo, perpetuando la pobreza.⁷⁶

En cuanto al método del crédito fiscal, consiste en que el contribuyente pague impuestos en una de las jurisdicciones, y con frecuencia el modelo de tratado bilateral define cual tiene prelación de cobro, y posteriormente lo “acredite”, esto es, solicite a la jurisdicción del otro estado involucrado valide dicho pago, debido a que el impuesto ya fue retenido por la primera. En caso de existir un diferencial en la tasa de retención (que un estado grave con un porcentaje mayor), se pagaría la diferencia al estado que grave más. Como ejemplo de esta mecánica, la forma W-8BEN⁷⁷ de declaración de impuestos ante el IRS para extranjeros residiendo en E.U.A., incluye en su sección II el campo llamado “*Claim of Tax Treaty Benefits*”, o “Solicitud de Beneficios por Tratado Fiscal”. Cuando se da el caso de un extranjero residiendo en ese país, realizando actividades lucrativas; o incluso un extranjero no residente pero con actividades lucrativas con un residente o ciudadano, debe declarar las ganancias al IRS.

La forma W-8BEN requiere que el contribuyente internacional manifieste si existe algún tratado de doble tributación entre Estados Unidos y su país de origen que lo beneficie, y de ser así, que incluya en la

⁷⁶ Los países en desarrollo gravan en promedio 10-20 del PIB, mientras que los países desarrollados gravan un 40% del mismo concepto. Besley, Timothy y Persson, Torsten, “Why Do Developing Countries Tax So Little?”, *Journal of Economic Perspectives*, E.U.A., Vol. 28, 2004, p. 99.

⁷⁷ Internal Revenue Service, *W-8BEN Certificate of Foreign Status of Beneficial Owner for United States Tax Withholding and Reporting (Individuals)*, E.U.A., 2017, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/fw8ben.pdf>

declaración que artículo en específico del tratado le permite acreditar el impuesto. Esto por supuesto, es corroborado posteriormente por la autoridad recaudatoria estadounidense, pero este es un ejemplo de cómo opera el método de acreditación fiscal a nivel internacional.

Otros temas que incluye el modelo de la OCDE es el de la “no discriminación”,⁷⁸ o trato no discriminatorio, principio que opera en otras áreas del derecho internacional económico, y que significa que el estado receptor no debe hacer distinciones entre sus nacionales y los extranjeros, en este caso gravando en mayor medida a los últimos, o negándoles algún beneficio otorgado a los primeros.

Finalmente, el modelo de tratado bilateral para evitar la doble tributación de la OCDE incluye cláusulas de arreglo de controversias entre autoridades fiscales de los estados, así como la colaboración en información y cobro coactivo. Pero en relación con estos últimos temas, estos están contemplados y regulados con detalle en la segunda categoría de tratados fiscales, que son los acuerdos de intercambio de información.

3.2.2. *Los acuerdos de intercambio de información fiscal*

La OCDE juega un papel prioritario en esta materia, pues de igual manera ha desarrollado un acuerdo modelo que utilizan las economías desarrolladas. El objetivo de este tipo de acuerdos es distinto al de los acuerdos para evitar la doble tributación. Estos buscan evitar “prácticas fiscales dañinas”.⁷⁹ Entre estas y a manera de ejemplo se encuentran la desaparición de ingresos corporativos; o la transferencia de dichos ingresos a jurisdicciones de baja o nula imposición fiscal.

⁷⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development, *NON-DISCRIMINATION IN BILATERAL TAX CONVENTIONS*, 19 de Abril de 1996, <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/eg2/eg2rd961e.pdf>

⁷⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)*, 2018, <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/taxinformationexchangeagreementstieas.htm>

De acuerdo con la OCDE, la ausencia de intercambio efectivo de información entre las jurisdicciones fiscales es uno de los motivos de la existencia de estas prácticas, lo cual constituye la justificación de su regulación; sin embargo, dicho intercambio puede devenir en consecuencias no previstas afectando individuos en sus derechos básicos, caso de los “estadounidenses por accidente”.

El modelo de la OCDE, en su artículo 1, establece⁸⁰:

Las autoridades competentes de las Partes contratantes se prestarán asistencia mediante el intercambio de la información que previsiblemente pueda resultar de interés para la administración y la aplicación de su Derecho interno relativa a los impuestos a que se refiere el presente Acuerdo. Dicha información comprenderá aquella que previsiblemente pueda resultar de interés para la determinación, liquidación y recaudación de dichos impuestos, el cobro y ejecución de reclamaciones tributarias, o la investigación o enjuiciamiento de casos en materia tributaria.

Los términos empleados por el modelo, de *determinación*, *liquidación*, *ejecución*, entre otros, reflejan la naturaleza de este tipo de acuerdos, lo que se conoce como cobro coactivo. Define el autor Carlos Alberto Ortega Carreón el término *determinación* como sigue:⁸¹

...la determinación de la obligación contributiva o tributaria es un acto posterior a su nacimiento o causación, y consiste en precisar si el acto realizado encuadra en el supuesto previsto por la ley y genera la citada obligación contributiva, que posteriormente será cuantificada en cantidad líquida, ya sea por el contribuyente o por la autoridad fiscal, aplicando los procedimientos establecidos en la ley fiscal para obtener el importe del crédito fiscal a pagar.

En otras palabras, estos términos fiscales se refieren a contabilizar las contribuciones omitidas, actualizarlas a la fecha de pago, y fijar un plazo para el mismo. En caso de que dicho pago no se realice, la liquidación debe volver a actualizarse pues el monto de las contribuciones aumenta con el tiempo. Otro de los términos empleados es el de *ejecución*, y esto se refiere

⁸⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Acuerdo sobre Intercambio de Información Tributaria*, 2018, <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/37975122.pdf>

⁸¹ Ortega Carreón, Carlos Alberto, *Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 2009, p.80.

a la facultad de cobro forzoso de la autoridad fiscal con el fin de ingresar los recursos financieros derivados de las contribuciones que por ministerio de ley tiene derecho a percibir;⁸² en otras palabras, el embargo.

Como podemos analizar, la naturaleza jurídica y objetivos de los tratados para evitar la doble tributación y los acuerdos de colaboración fiscal son muy distintos, los primeros buscan evitar el pago doble del mismo concepto de impuesto y por el mismo acto, lo cual puede ser considerado como confiscatorio si grava la mayoría de los ingresos del sujeto pasivo; los segundos buscan que las autoridades se compartan información de contribuyentes en sus respectivos territorios con el fin de requerirlos de cobro, si es necesario, empleando facultades ejecutoras que corresponderían a la autoridad del otro país. Este tipo de colaboración se asemeja a la que se da entre jueces de distintos países cuando buscan la ejecución de sus sentencias en el extranjero. Para ello, existe una sólida estructura de colaboración a través de acuerdos de cooperación judicial. La colaboración en actos de ejecución fiscales de los que esta investigación trata se encuentra en una etapa inicial o experimental (SAT-IRS), pero llevarla a cabo en la realidad ofrece múltiples interrogantes y ha derivado en múltiples consecuencias negativas, principalmente para los estadounidenses, pero eventualmente para los países que firmaron FATCA.

3.3. *El concepto de fiscalización internacional*

Fiscalización internacional se refiere a las reglas globales que aplican a las transacciones entre dos o más países (estados) en el mundo. Abarca todos los asuntos fiscales que derivan de las leyes tributarias de un país que incluyan un elemento extranjero.⁸³ A pesar del término, los impuestos no son internacionales, puesto que no existe un derecho fiscal global que regule las transacciones que cruzan fronteras, y tampoco existe un tribunal fiscal u órgano administrativo para

⁸² Ibidem, p. 384.

⁸³ Rohatgi, Roy, *Basic International Taxation, Volume I- Principles of International Taxation*, 2a ed., Reino Unido, Richmond Law & Tax Ltd., 2005, p. 1.

asuntos fiscales internacionales, como si ocurre con el comercio mundial, la inversión extranjera, la propiedad intelectual, los impuestos aduaneros o simplemente los conflictos entre naciones.⁸⁴

Los impuestos se gravan y su cobro se ejecuta con base en leyes domésticas, por gobiernos federales, estatales y locales. La fiscalización internacional busca conciliar estas leyes domésticas a través de tratados. Aunado a ello, se enfoca en promover la igualdad al aplicar cargas fiscales equitativas tanto a nacionales como a extranjeros con similar capacidad de ingreso; aumentar la competitividad doméstica a través de medidas fiscales que promuevan el crecimiento y obtener contribuciones equitativas en transacciones que cruzan fronteras.

Los principios de fiscalización internacional son influenciados por la equidad y neutralidad fiscales. La primera⁸⁵ se refiere a no distorsionar el cobro del impuesto; esto es, que la autoridad regulatoria no incentive al sujeto pasivo a cambiar su conducta por el impuesto; esto sería que decida invertir más o menos, que se ubique físicamente en un lugar o en otro, que trabaje más o menos, que emplee a menos o a más empleados, todo ello con base en el impuesto.

El principio de equidad fiscal significa que las rentas fiscales por actividad económica internacional sean compartidas de manera igualitaria entre las naciones. Además, significa que los contribuyentes involucrados en transacciones transfronterizas no sean discriminados, por una parte, ni se les den preferencias fiscales indebidas, por la otra.⁸⁶

En vista de lo analizado, el acuerdo *FATCA* incumple con ambos principios tributarios. No es neutral, puesto que incentiva a los ciudadanos estadounidenses a renunciar a su ciudadanía⁸⁷, y no es equitativo, puesto que el *IRS* no comparte

⁸⁴ El comercio mundial se regula por los tratados de la Organización Mundial del Comercio; los conflictos internacionales por inversión extranjera se dirimen mayormente ante el Centro para el Arreglo de Disputas de Inversiones; la propiedad intelectual se rige por los acuerdos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; los impuestos aduaneros se rigen mayormente por los criterios de la Organización Mundial de Aduanas, y los conflictos entre naciones se dirimen ante la Corte Internacional de Justicia. En materia de impuestos, no existe un órgano rector mundial. En consecuencia, se rigen por acuerdos entre naciones, en los que la soberanía y el consentimiento voluntario toman un rol prioritario.

⁸⁵ Knoll Michel S., “Reconsidering International Tax Neutrality”, *University of Pennsylvania Law School*, E.U.A., Paper 268, 2011, p. 107.

⁸⁶ Rohatgi Roy, op. cit., nota 49, p. 1.

⁸⁷ Como se establece arriba, neutralidad implica no motivar conductas, de ningún tipo, por parte de los contribuyentes con base en el impuesto.

información con sus pares de la misma forma y en consecuencia, no recaudan lo mismo las autoridades tributarias involucradas.

Otro principio fiscal internacional es el de reciprocidad, mismo principio de derecho internacional público⁸⁸. Los estados tienen derechos fiscales ilimitados sobre una persona u objeto, pero no los pueden ejecutar fuera de su jurisdicción territorial. En consecuencia, deben respetar la jurisdicción fiscal de los otros estados y cooperar con ellos cuando sus objetivos fiscales son comunes. El acuerdo *FATCA* no se refiere a objetivos comunes, sino al objetivo de la ley estadounidense *HIRE ACT* de restablecer el empleo dentro de ese país, y como efecto secundario aumentar la recaudación internacional gravando a sus ciudadanos. No puede decirse que otros estados signatarios de *FATCA* hayan tenido ese objetivo como prioridad cuando se unieron al acuerdo. En consecuencia, *FATCA* también incumple con el principio de reciprocidad.

En cuanto a ejecutar leyes fiscales de otros estados, el derecho internacional solo permite que un estado ejecute las propias en su territorio. Tradicionalmente, un estado no ejecuta las leyes fiscales de otro en su propio territorio, por el mismo concepto analizado ahora, la soberanía. En el caso *US v. Harden*⁸⁹, una corte de Canadá estableció:

A foreign State cannot escape the application of the rule that in no circumstances will the courts directly or indirectly enforce the revenue laws of another country...

Traducido como: “Un estado extranjero no puede escapar a la aplicación de la regla que establece que en ninguna circunstancia las cortes ejecutarán directa o indirectamente las leyes fiscales de otro país...”.

Lo anterior ha sido la costumbre jurídica internacional por siglos. Los nuevos acuerdos en el seno de la OCDE y *FATCA* van en sentido opuesto debido a que la realidad actual ha cambiado y los flujos económicos buscan los destinos fiscales más laxos. Sin embargo, la implementación de dicha colaboración (el cobro

⁸⁸ La reciprocidad implica dos aspectos: Contingencia y Equivalencia. El primero significa “acciones que son contingentes con reacciones compensatorias de otros, y que cesan cuando estas reacciones esperadas se detienen”; conducta reciproca regresa daño por daño y bien por bien: “la gente debe brindar sonrisa por sonrisa, y mentiras por traición”; el segundo concepto significa un patrón de reciprocidad como “aquel en el que servicios y favores, confianza y afecto, en el curso de intercambios mutuos, idealmente conlleva un balance aproximado”. Keohane Robert O., “Reciprocity in International Relations”, *International Organization*, E.U.A., vol. 40, No. 1, 1986, p.p. 6-7.

⁸⁹ Supreme Court of Canada, *United States of America v. Harden*, [1963] S.C.R. 366
Date: 1963-10-02

coactivo) es incierta y se encuentra en estado embrionario, y mucho se debe legislar a nivel doméstico e internacional para crear un concepto de soberanía muy distinto al originado en la paz de Westfalia.

Otros principios tributarios internacionales incluyen el de la prevención de la evasión fiscal. Esto incluye medidas antievasivas como fiscalización amplia sobre los residentes, restricciones en concesiones fiscales sobre dividendos, intereses e ingresos por regalías, así como intercambio de información entre autoridades fiscales. Las últimas adiciones a esta prevención tratan sobre la asistencia mutua en cobro fiscal, referida líneas arriba. No muchos países aceptan y llevan a cabo todas y cada una de las condicionantes del principio de prevención de la evasión, como se ha establecido en este trabajo.

3.4. *Fiscalización internacional desde la perspectiva de Estados Unidos*

La ley federal *FATCA* está por supuesto basada en el sistema tributario estadounidense. Como otros países desarrollados⁹⁰, Estados Unidos impone obligaciones fiscales amplias y rigurosas, tanto a individuos, como a personas jurídicas. Y estas no solo originarias de ese país, sino extranjeros también, si caen en el supuesto jurídico de sus leyes fiscales. Analizaremos entonces los principios y conceptos básicos del sistema fiscal estadounidense, con el fin de conocer su fundamento para gravar extranjeros, actividades lucrativas en el exterior, nacionales fuera de Estados Unidos, activos de nacionales estadounidenses fuera de su territorio, etc.

Es un hecho incontrovertido que la moneda estadounidense es el principal valor de cambio en el mundo moderno⁹¹, y esto ha apalancado su economía, su poder hegemónico sobre otras naciones y, relativo a este trabajo, ha sido el factor clave

⁹⁰ Los países desarrollados recaudan impuestos en un porcentaje mucho mayor a los países en desarrollo; estos cobran en promedio entre 10-20% mientras que los primeros llegan al doble de esta cifra. Ricciuti, Roberto, Savoia, Antonio y Sen, Kunal, “Low tax collection in developing economies has a more devastating impact than we thought”, *Quartz Africa*, Reino Unido, Marzo 15, 2019, <https://qz.com/africa/1573957/developing-countries-will-benefit-from-better-tax-collection/>

⁹¹ A pesar de la enorme deuda pública de ese país, así como de su colosal crisis financiera en 2009, el dólar estadounidense es la moneda más sólida del planeta el día de hoy. Goodman, Peter S. “The Dollar Is Still King. How (in the World) Did That Happen?”, *The New York Times*, E.U.A., Febrero 22, 2019.

para presionar a instituciones financieras y estados para aceptar sus acuerdos por la necesidad de dólares, en este caso, *FATCA*.

Las leyes tributarias estadounidenses no ignoran estos hechos. Debido a que este país tiene un rol prioritario en el comercio mundial,⁹² tanto en lo que se origina en este país (lo que Estados Unidos vende al exterior) como lo que recibe como destino final (lo que compra)⁹³, su constitución, su código fiscal y sus autoridades son ambiciosas en el cobro de impuestos. De ahí deriva el cobro del ingreso “universal”.

Para el sistema tributario estadounidense, la actividad económica es de dos clases: 1) inversiones o negocios de extranjeros en los Estados Unidos y 2) inversiones o negocios de “*US persons*”;⁹⁴ la primera categoría se conoce como “*inbound*” y la segunda como “*outbound*”⁹⁵.

Este sistema es administrado por el *US Treasury Department*, o el departamento del tesoro, el cual, de acuerdo con su sitio web, tiene como misión:

“...to maintain a strong economy and create economic and job opportunities by promoting the conditions that enable economic growth and stability at home and abroad, strengthen national security by combating threats and protecting the integrity of the financial system, and manage the U.S. Government’s finances and resources effectively.”⁹⁶

Traducido como: “mantener una economía fuerte y crear oportunidades económicas y de trabajo promoviendo las condiciones que permitan el crecimiento económico y la estabilidad en casa y en el extranjero, fortaleciendo la seguridad nacional combatiendo amenazas y protegiendo la integridad del sistema financiero, así como administrar las finanzas y recursos del gobierno de los E.U. de manera efectiva.”

Entre otros de sus objetivos, el departamento del tesoro busca un rol como “administrador de los sistemas económicos y financieros de E.U.A., así como un participante con influencia en la economía mundial”; “El departamento trabaja con

⁹² De acuerdo con *The World Fact Book*, el valor del comercio neto de Estados Unidos en 2017 era de 449.1 mil millones de dólares, el mayor del mundo. *The world factbook. El valor del comercio neto de Estados Unidos.* 2019, <https://www.cia.gov/library/Publications/the-world-factbook/fields/238.html#US>

⁹³ Isenbergh, Joseph, *International Taxation*, 3 ed., E.U.A., Thomson Reuters, 2010, p. 3.

⁹⁴ Este concepto ha sido definido en el 1er. Capítulo.

⁹⁵ Joseph, op. cit., nota 58, p. 4.

⁹⁶ U.S. Department of the Treasury, *Role of the Treasury*, (s.f.), <https://home.treasury.gov/about/general-information/role-of-the-treasury>

otras agencias federales, gobiernos extranjeros, e instituciones financieras internacionales para incentivar el crecimiento económico, elevar estándares de vida, y en la medida de lo posible, predecir y prevenir crisis económicas y financieras”.

Lo anterior es una especie de declaración de misión del departamento del tesoro, pero es relevante notar como el gobierno estadounidense se autodefine como un actor principal en la economía mundial, lo cual es exacto, aunque con nula autocrítica; la mayor crisis financiera global en años recientes la provocó este país. El *IRS*, referido en múltiples ocasiones, es una de las divisiones del departamento del tesoro, encargado del cobro de los impuestos, y es dirigido por un comisionado (*IRS Commissioner*, actualmente el Sr. Chuck Rettig).

La agencia *IRS* se precia de ser una de las administraciones fiscales más eficientes del mundo, gastando 35 centavos de dólar por cada 100 dólares recaudados en el año fiscal de 2015.⁹⁷ Es relevante mencionar que el *IRS* busca educar a la población estadounidense en cuanto a sus obligaciones fiscales. Debido a que estas deben cumplirse de manera voluntaria por sus ciudadanos en primera instancia (y en caso de no hacerlo así, esto deriva en las sanciones y cumplimiento forzoso), esta agencia pone disponible a su ciudadanía manuales de fácil comprensión para que, de ser necesario, elaboren sus declaraciones por ellos mismos sin recurrir a expertos. Esto en definitiva es un aspecto positivo del *IRS* y puede ser una de las causas sobre su alto nivel de recaudación, sin llegar al cobro coactivo.

Conviene ahora referirse al poder fiscalizador de los Estados Unidos basado en su constitución, mejor conocido como el “US taxing and spending power”. En este país, es el congreso el que tiene las llaves del dinero, el control de los recursos.⁹⁸ Los poderes del congreso para “gravar y gastar” provienen de la cláusula

⁹⁷ Internal Revenue Service, “Data Book 2015”, *Department of the Treasury*, Publication 55B, E.U.A., Marzo de 2016, <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/15databk.pdf>

En efecto, comparando datos con la recaudación mexicana, reportes de 2017 registraban que por cada peso erogado en recaudación se cobraban 41.8. La diferencia tan grande en poder recaudatorio obedece, entre otras razones, al estado de derecho de ese país y a sus severas sanciones fiscales. “México logra récord de ingresos tributarios en 2017”, *Milenio*, México, 12/02/2018, <https://www.milenio.com/negocios/mexico-logra-record-ingresos-tributarios-2017>

⁹⁸ Un ejemplo de este hecho es la imposibilidad que enfrentó el presidente de Estados Unidos Donald Trump para construir un muro a lo largo de la frontera con México, una de sus promesas de campaña. El Congreso estadounidense se rehusó a dicho gasto.

constitucional llamada “General Welfare Clause”, o simplemente “Taxing and Spending Clause”.⁹⁹

Se hace referencia al artículo 1, octava sección de la constitución estadounidense, el cual establece en sus párrafos conducentes:

El Congreso tendrá facultad: Para establecer y recaudar contribuciones, impuestos, derechos y consumos; para pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos.

...

Para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias.

El llamado “taxing power” se cumplimenta actualmente por medio del Código de Rentas Internas, el cual impone una amplia variedad de impuestos, de los cuales los más importantes son los impuestos a los ingresos individuales y corporativos, impuestos de nómina sobre compensaciones por empleo y autoempleo, impuestos por bienes y transacciones, así como impuestos por herencias y donaciones. En casos de impugnaciones constitucionales al poder de gravar del congreso estadounidense, la jurisprudencia de este país demuestra que casi invariablemente sus tribunales han sostenido la validez de sus impuestos federales, ya sea sobre estadounidenses (“US persons”) o sobre extranjeros.

Líneas atrás se ha referido a la “retención universal” o retención mundial, como concepto gravable por parte del congreso estadounidense. Esto se refiere a que el alcance mundial de las retenciones a los ingresos estadounidenses se origina de la ausencia en su código fiscal de limitantes al cobro de impuestos sobre las “US persons”. La primera sección impone retención sobre los ingresos gravables de “todos los individuos”; la décimo primera sección repite la fórmula con “todas las empresas”. El “ingreso bruto” se define expresamente en el código incluyendo todos los ingresos “obtenidos de cualquier fuente”. A esto se refiere el concepto de “retención universal”; a la retención de ingresos de donde vengan. En otras

Esto también demuestra el sistema de ese país de los llamados “*check and balances*”, o pesos y contrapesos; los poderes constitucionales de esa nación se limitan entre ellos.

⁹⁹ Mason Ruth, “Federalism and the Taxing Power”, *California Law Review*, E.U.A., vol. 99, issue 4, 2011, p. 994.

palabras, ninguna persona, sin importar su nacionalidad o su residencia, escapa de la llamada “retención universal” estadounidense. En consecuencia, la retención sobre los ingresos de “todos los individuos” por el código fiscal o de rentas internas, en realidad incluye a todas las personas sobre el planeta.¹⁰⁰ No hay límites para el IRS y los tribunales de ese país actúan en consecuencia.

Otro caso que ejemplifica el alcance universal del poder fiscalizador de Estados Unidos es otra ley de reciente emisión (bajo la administración del presidente Donald Trump) denominada “*Treatment of Deferred Foreign Income Upon Transition to Participation Exemption System of Taxation.*”¹⁰¹, conocida como “*Tax Cuts and Jobs Act of 2017*” y traducida como “Ley de Empleos y Reducción de Impuestos”. Bajo esta ley, accionistas estadounidenses de una empresa extranjera deben incluir en sus ingresos reportables las ganancias de estas empresas si fueron repatriadas a territorio estadounidense.

Las empresas que califican para esta ley son, entre otras, cualquier empresa extranjera que tenga entre sus accionistas una empresa estadounidense que sea dueña de al menos 10% del valor de la primera. Estos ingresos extranjeros por participación en negocios en el exterior no eran gravados con anterioridad, pero ahora lo son. El reto lo enfrentarán expatriados estadounidenses con actividades empresariales fuera de su país, pues el congreso estadounidense los ha puesto en la mira con la nueva ley *Tax Cuts and Jobs Act*.

Como con *FATCA*, ya existen firmas de abogados en el extranjero demandando la legalidad de la nueva ley por agregar de manera excesiva cargas financieras a estadounidenses y extranjeros por ingresos generados fuera de Estados Unidos. Adicional a ello, reclaman que esta ley no incorporó un análisis de flexibilidad regulatoria, el cual hace obligatorio para las agencias federales el revisar el impacto de las regulaciones en pequeños negocios. También argumentan que las nuevas regulaciones violaron la ley llamada “*Paperwork Reduction Act*”, la cual requiere a los congresistas a demostrar que tomaron en consideración las potenciales cargas a los contribuyentes para cumplir con la nueva legislación.¹⁰²

¹⁰⁰ Joseph, op. cit., nota 58, p. 8.

¹⁰¹ 26 U.S. Code § 965

¹⁰² Burggraf Helen, “American expatriate lawyer sues IRS, U.S. Treasury over ‘Transition Tax’”, *American Expat Financial News Journal*, Reino Unido, 2 de febrero de

Estas regulaciones fiscales demuestran que si de gravar actividades en el extranjero se trata, el IRS necesita pocos puntos de conexión con Estados Unidos para justificar legalmente el cobro de impuestos.

LA RETENCIÓN SOBRE INDIVIDUOS.

Como se ha establecido, Estados Unidos grava a sus residentes en su ingreso universal, radiquen o no en su territorio, siempre y cuando se consideren ciudadanos estadounidenses o residentes permanentes. En el caso de individuos que no son ni ciudadanos ni residentes son sujetos a retención federal limitada.

LA RETENCIÓN SOBRE PERSONAS JURÍDICAS.

Empresas, sociedades y fideicomisos son gravados en su ingreso universal si son “US persons”. Personas jurídicas extranjeras con actividades en E.UA. son sujetas también a retenciones federales limitadas y en general no es relevante el lugar desde el cual la entidad sea administrada.

EL RÉGIMEN *INBOUND*.

Este incluye transacciones en las que Estados Unidos retiene un impuesto sobre personas físicas o jurídicas extranjeras debido a algún nexo con ese país. *Inbound* se refiere a “*Non-US persons*”, personas (físicas o jurídicas) no estadounidenses con ingresos o actividades lucrativas relacionadas a Estados Unidos. (Audi es una empresa incorporada en Alemania, pero vende automóviles en los E.U. Audi se encuentra en la categoría *inbound*). Otro caso que cae en esta categoría, sería el de impuestos por la propiedad de bienes inmuebles en territorio estadounidense. Este nexo es la conexión sustancial entre las actividades del contribuyente y E.U., por lo que la actividad es gravada. El régimen *inbound* trae consigo otros temas relacionados, como retención de impuestos en Estados Unidos, precios de transferencia, impuestos por ganancias de sucursales, etc.

EL RÉGIMEN *OUTBOUND*.

2019, <https://www.americanexpatfinance.com/tax/item/104-american-expat-sues-irs-treasury-over-transition-tax>

Bajo este régimen, Estados Unidos grava ingresos extranjeros relacionados con algún nexo entre este país y la transacción en cuestión. Este ingreso se refiere a “US persons” con ingresos o actividades lucrativas no estadounidenses. Un ejemplo sería el de inversiones de un accionista estadounidense en una empresa extranjera controlada, derivando en retención sobre los ingresos de esta sin importar si los ingresos son repatriados a Estados Unidos o no. Otro ejemplo es el de Walmart, empresa que cotiza en la bolsa de valores de ese país. Walmart compra muchos de sus productos de proveedores en el extranjero. Asimismo, vende muchos de sus productos al exterior. En consecuencia, Walmart es una empresa incorporada en Estados Unidos con actividades fuera de ese territorio, considerada en el régimen *outbound*.

Los asuntos fiscales transfronterizos relacionados a este régimen incluyen impuestos de retención por países extranjeros, precios de transferencia, crédito por impuestos extranjeros, tratados sobre fiscalización de ingresos, entre otros.

NACIONALIDAD, RESIDENCIA Y FUENTE BAJO EL DERECHO FISCAL ESTADOUNIDENSE

Para efectos fiscales, tanto nacionalidad como ciudadanía son consideradas esencialmente lo mismo. Como se ha establecido con anterioridad, Estados Unidos grava el ingreso de sus ciudadanos de todas las fuentes ubicadas en el lugar del mundo en que se encuentren, ya sea que estos radiquen o no en ese país. La validez de esta retención universal se estableció de manera firme en Estados Unidos en el caso *Cook v. Tait*,¹⁰³ en el que la Suprema Corte determinó: “*Congress has power to tax the income received by a native citizen of the United States domiciled abroad from property situated abroad.*”; traducido como: “...el congreso tiene poder para gravar el ingreso recibido por un ciudadano nativo de los Estados Unidos con domicilio en el extranjero por propiedad situada en el extranjero.”

En consecuencia, junto con los beneficios de la ciudadanía estadounidense, como la posibilidad de trabajar en ese país, beneficios educativos, seguridad social y muchos otros, el precio es la retención universal del IRS.

LA RESIDENCIA

¹⁰³ *Cook v. Tait*, 265 U.S. 47 (1924)

Los residentes de Estados Unidos, sin importar su nacionalidad o ciudadanía, están expuestos a retención universal sobre sus ingresos. La retención sobre extranjeros no residentes se limita a los ingresos de fuentes ubicadas en E.U. Entonces, la residencia es el factor principal de retención sobre extranjeros.

Para efectos fiscales, el concepto de residencia se basa en la presencia física en algún lugar con la intención de permanecer ahí de manera indefinida o por un período sustancial de tiempo. La sección del código de rentas internas de E.U. que regula la fiscalización de extranjeros es la 7701 (b).¹⁰⁴ De acuerdo con la misma, un “*foreign national*” o nacional extranjero que es residente legal permanente de los E.U. es aquel titular de una “*green card*” o el documento de identidad para esta categoría. En consecuencia, este “*green card holder*” es sujeto a las leyes fiscales de Estados Unidos, sin ser un nacional de ese país.

En relación con cuanto tiempo debe estar el extranjero en territorio estadounidense para hacerlo residente para efectos fiscales, la respuesta es 183 días.¹⁰⁵ Lo anterior se conoce como el test de “*substantial presence*”.

LA FUENTE

Este concepto constituye la piedra angular del sistema fiscal estadounidense. Por la fuente de ingresos, E.U. grava a nacionales y extranjeros, si esta se encuentra en su territorio. Si la fuente de ingresos se encuentra “efectivamente conectada” con “negocios o comercio en E.U.”, esta es gravada de igual manera que si se tratara de ingresos obtenidos por un residente de E.U. Para esto es necesario analizar: 1) la naturaleza y fuente del ingreso del contribuyente; 2) las actividades del contribuyente en los E.U., por ejemplo, si está involucrado en negocios o comercio; y 3) la relación entre su ingreso y sus actividades en E.U., ya sea que su ingreso está efectivamente conectado con E.U.¹⁰⁶

III. ALGUNOS CASOS DE ESTUDIO DE EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL EN LA HISTORIA RECIENTE

¹⁰⁴ 26 U.S. Code §7701

¹⁰⁵ Un individuo que se encuentra físicamente por más de medio año en un país, indica que tiene conexiones, intereses y sobre todo, la intención de vincularse con ese país más que con ningún otro.

¹⁰⁶ McDaniel, Paul R., Repetti, James R., Ring, Diane M., *Introduction to United States International Taxation*, 6 ed., E.U.A., Wolters Kluwer, 2014, p. 49.

Es una realidad que, debido a las ventajas que otorga tributar en un país de baja imposición fiscal, las empresas y contribuyentes internacionales se aprovechan de ello, rebasando a las autoridades fiscalizadoras. Debido a esto, la OCDE ha logrado la firma de acuerdos que dejan de ser *soft law*, para establecer cooperación fiscal vinculativa entre las distintas jurisdicciones. Con ese fin creó el proyecto contra el fenómeno *BEPS (Base Erosion Profit Shifting)*¹⁰⁷, o Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, en el año 2013. Esto se refiere a que las multinacionales con subsidiarias internacionales “erosionan” la base gravable, al transferir sus ingresos a múltiples jurisdicciones de baja o nula fiscalización, convirtiendo elusión en evasión.

Además, el foro de la OCDE ha logrado la aprobación del acuerdo pionero *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*, o la Convención Multilateral para aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (MLI), el cual fue firmado el 24 de Noviembre de 2016.¹⁰⁸

La OCDE juega un papel fundamental en la implementación de reglas para los negocios internacionales, para facilitar la relación entre los gobiernos y las empresas, para armonizar la relación de estas últimas con las comunidades en las que se ubican, y para fortalecer su normatividad interna al establecer reglas de transparencia y rendición de cuentas a sus directivos. Al ser conformada por las primeras 37 economías del mundo, la OCDE emite documentos que con frecuencia se convierten en leyes federales

¹⁰⁷ Organisation for Economic Development and Cooperation, *BEPS Actions*, 2019, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>

¹⁰⁸ El acuerdo MLI incluye a más de 75 jurisdicciones y entró en vigor el 1º. de Julio de 2018.

de los países miembros.¹⁰⁹ Tanto el proyecto *BEPS* como la convención *MLI* se tratarán más adelante.

Uno de los temas que tratan estos acuerdos e iniciativas de la OCDE, es la tendencia de contribuyentes internacionales de buscar jurisdicciones de baja o nula imposición fiscal, si esto es posible. Esto ocurre cuando el contribuyente internacional no desea, por diversos motivos, reportar la totalidad de sus ingresos, o el origen de estos, a las autoridades del país en el que reside. Para ello busca transferir capitales a los paraísos fiscales, destinos *off shore*, o como se conoce internacionalmente, los *tax havens* (refugios fiscales).

Según un estudio realizado en 2008 por el senado de los Estados Unidos, este país perdía alrededor de 100 mil millones de dólares anuales por concepto de evasión y elusión fiscales.¹¹⁰ De acuerdo con dicho documento, la evasión fiscal puede surgir “...*de inversionistas individuales adinerados y de grandes corporaciones multinacionales; puede reflejar acciones legales e ilegales*”.

El documento ejemplifica la evasión y la elusión de la siguiente forma: Una firma multinacional estadounidense que construye una fábrica en una jurisdicción de baja imposición fiscal en lugar de los Estados Unidos, con el fin de aprovechar las bajas tasas de impuesto sobre la renta, comete elusión fiscal; un ciudadano de los Estados Unidos que abre una cuenta bancaria secreta en el Caribe y no reporta los intereses por los ingresos comete evasión. Sin embargo, hay actividades, principalmente realizadas por corporaciones, referidas como elusión pero que en realidad son evasión, como lo son los precios de transferencia entre partes relacionadas.

¹⁰⁹ La OCDE posee gran influencia en la economía mundial al influir legislaciones locales y fijar parámetros y criterios internacionales para el buen comportamiento de las multinacionales. Al ser sus estados miembros las principales economías, el resto de los estados con frecuencia siguen sus directrices, con el fin de recibir inversión extranjera. Las firmas de negocios globales, incluyendo PWC, Ernst&Young, Deloitte&Touche, etc, también basan sus asesorías en los estándares y estudios de la OCDE.

¹¹⁰ Gravelle, Jane G., “Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion”. *Congressional Research Service*, E.U.A., 2015, p. 1.

Referente a la evasión por personas físicas, en particular ciudadanos de Estados Unidos, estos tienen la posibilidad de omitir el pago de impuestos debido a que dicho país no practica retención en varios tipos de ingresos pasivos (como intereses) pagados a entidades extranjeras; si la persona canaliza sus inversiones a través de aquellas y no reporta las retenciones de estos activos en sus declaraciones fiscales, evade un impuesto que está obligada a pagar. Aunado a ello, personas físicas que invierten en capitales extranjeros pueden no reportar ingresos de esos activos.¹¹¹

Lo anterior ha sido una de las razones para la aprobación de la ley *FATCA* (*Foreign Account Tax Compliance Act*), por el congreso estadounidense, la cual entró en vigor en 2010 y se ha expandido a múltiples jurisdicciones vía acuerdos internacionales, requiriendo instituciones financieras extranjeras que reporten información de cuentahabientes estadounidenses y sus activos al *IRS*, o este las sujeta a una retención de 30% por cada transacción a ese país, con efectos jurídicos que se analizarán más adelante. En relación con el concepto de “*tax haven*”, este se define:

While the concept of “tax haven” does not have a precise technical meaning, it is recognized that a useful distinction may be made between, on the one hand, countries that are able to finance their public services with no or nominal income taxes and that offer themselves as places to be used by non-residents to escape tax in their country of residence and, on the other hand, countries which raise significant revenues from their income tax but whose tax system has features constituting harmful tax competition.¹¹²

Lo anterior se traduce como “Mientras que el concepto de ‘refugio fiscal’ no tiene un significado técnico preciso, se reconoce que se puede hacer una distinción útil entre, por un lado, países que pueden financiar sus servicios públicos sin impuestos sobre ingresos o con impuestos nominales sobre ganancias y que se ofrecen como lugares para ser usados por no residentes para escapar a la fiscalización en su país y, por otro lado, naciones que

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Organisation for Economic Co-operation and Development, *Harmful Tax Competition*, 1998, p. 20.

recaudan impuestos significativos por sus impuestos sobre ingresos, pero cuyos sistemas fiscales tienen características que constituyen competencia fiscal dañina.”

Los paraísos fiscales son una realidad; su surgimiento y “popularidad” obedecen a varios factores, entre los que destacan el ánimo de lucro de las MNEs, así como la facilidad para las personas físicas o incluso entidades no lucrativas, como instituciones de caridad o “*charities*”,¹¹³ para la elusión y evasión de impuestos. Aunado a ello, un factor importante es la intención de los países de baja imposición fiscal de mantener el *status quo*, pues está en su interés albergar y recibir esos recursos económicos del extranjero. Estos estados compiten entre sí para reducir la carga fiscal a empresas e individuos con el fin de atraer inversión extranjera, por lo que el problema es de dos vías y por ello, más complicado de combatir.¹¹⁴

De acuerdo con un estudio reciente de la organización no gubernamental OXFAM, el 90% de las mayores empresas del mundo tienen presencia en al menos un paraíso fiscal.¹¹⁵ Dicho estudio elabora una lista en la que menciona a los países “más agresivos del mundo”, en cuanto a que “facilitan los mecanismos más extremos de evasión y elusión fiscal empresarial”. Los criterios para calificar dichas prácticas fueron: el tipo nominal (la base gravable) en el impuesto a sociedades, los incentivos fiscales ofrecidos y la falta de compromiso ante las iniciativas internacionales contra la evasión fiscal. La lista incluye, en orden jerárquico, a Islas Bermudas, Islas Caimán, Países Bajos, Suiza, Singapur, Irlanda,

¹¹³ En este sentido, el abuso de instituciones de caridad es significativo. Este ocurre por parte de la propia organización, por contribuyentes o donadores, o por terceros, como defraudadores que la crean con ese fin. Países como Canadá reportan una pérdida en millones de dólares anuales por este tipo de fraude. Organisation for Economic Development and Cooperation, *Report on abuse of charities for money-laundering and tax evasion*, Centre for Tax Policy and Administration, 24 de febrero de 2009, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/42232037.pdf>

¹¹⁴ Berkhout, Esmé, “Guerras fiscales: la carrera a la baja en la fiscalidad empresarial”, OXFAM International, 12 de diciembre de 2016, <https://www.oxfam.org/es/informes/guerras-fiscales-la-carrera-la-baja-en-la-fiscalidad-empresarial>

¹¹⁵ *Ibidem*.

Luxemburgo, Curazao, Hong Kong, Chipre, Las Bahamas, Jersey, Barbados, Mauricio e Islas Vírgenes Británicas.

Otras fuentes aumentan al doble el número de países *off shore*, e incluyen a Panamá, Liechtenstein, Mónaco, Mauricio, San Marino; existen paraísos fiscales en los cinco continentes. Un tercer actor, además de contribuyentes y estados, en la evasión fiscal, es el sistema bancario internacional. La ley *FATCA* requiere a instituciones financieras reportar cuentas de ciudadanos norteamericanos, debido a que es frecuente que la banca internacional sea copartícipe en la evasión.

A continuación, se mencionan algunos casos de estudio en la historia reciente, que a partir de filtraciones periodísticas revelaron las consecuencias de la carencia de controles estrictos por parte de las autoridades fiscales sobre contribuyentes evasores, resultando en nuevas regulaciones y nuevos mecanismos de cooperación como *BEPS* y *MLI*.

1. El caso “*the swiss leaks*”.

En febrero de 2015 se conoció el caso “*The swiss leaks*”. Este es relevante pues después de la divulgación pública de las prácticas bancarias suizas, los países involucrados tomaron medidas para fortalecer la fiscalización de sus ciudadanos, nuevas regulaciones fueron creadas y eventualmente, la celebración de un tratado de cooperación fiscal en el seno de la OCDE. En 2015, un grupo de investigadores autollamados “*The International Consortium of Investigative Journalists*” que dicen incluir a 267 investigadores en 100 países, de acuerdo con su sitio web¹¹⁶, hicieron pública la información revelada por un empleado del banco HSBC con sede en Ginebra, Suiza.

Según la investigación, el banco británico HSBC, o *The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation*, el cual era el más grande del mundo en 2008, empleaba en ese año, en una filial suiza, a *Hervé Falciani* como técnico en

¹¹⁶ International Consortium of Investigative Journalists, *About*, 2021, <https://www.icij.org/about/>

computación, supervisando sistemas de seguridad en el manejo de información de los clientes.¹¹⁷ A finales de dicho año, Hervé fue detenido e interrogado por autoridades suizas, acusado de robo de información confidencial. Debido a una negligencia de dichas autoridades, Hervé logró escapar (argumentando que al día siguiente regresaría), refugiándose en Francia. Este país se negó a entregarlo a las autoridades suizas, después de que Hervé astutamente les revelara que poseía información sobre cuentahabientes franceses con cuentas en Suiza. Hervé poseía 60 mil archivos relacionados con decenas de miles de cuentahabientes de HSBC, de casi todo el mundo. Los franceses lo retuvieron y protegieron, y éste les proporcionó nombres de tres mil contribuyentes franceses con cuentas no declaradas en Suiza.

Lo anterior desató una serie de eventos posteriores, como el hecho de que un banquero de Estados Unidos, quien trabajó para el banco internacional UBS en Ginebra, de nombre Bradley Birkenfeld reveló a autoridades de Estados Unidos cómo dicho banco ayudaba a sus ciudadanos a evadir impuestos en Europa. Posteriormente, el IRS de los E.U. forzó al banco a proveer información de más de 4,500 clientes con cuentas no declaradas.

Cuando el grupo de las 20 economías o G20 se reunió en Londres en 2009, los líderes mundiales hicieron prioritario el tema de las cuentas *off shore*, y a partir de ese momento, otros países europeos vieron con recelo a Suiza por debilitar a aquellas economías, al permitir a sus ciudadanos evadir impuestos, con lo que la recaudación de dichos países disminuía considerablemente. Puesto que los archivos de Hervé Falciani contenían información de clientes de HSBC de todo el mundo, otros países presionaron a Francia con el fin de revelar la información, incluyendo el Reino Unido, Italia (y eso desató otro escándalo, pues el Primer Ministro Silvio Berlusconi

¹¹⁷ Radden Keefe Patrick, "The bank robber", *The New Yorker*, 30 de mayo de 2016, <https://www.newyorker.com/magazine/2016/05/30/herve-falcianis-great-swiss-bank-heist>

estaba en dicha lista), Argentina, Rusia, Canadá, Australia, Suecia, Bélgica, España, Alemania, India. Un caso notorio fue el de Grecia, que en 2010 atravesaba por crisis económica. La entonces ministra de Finanzas de Francia Christine Lagarde (directora gerente del Fondo Monetario Internacional hasta 2019, actualmente presidenta del Banco Central Europeo) compartió dos mil nombres de ciudadanos griegos con cuentas en Suiza, evadiendo impuestos griegos, con George Papaconstantinou, su contraparte de Grecia, lo cual causó un daño económico a este país por alrededor de 28 mil millones de euros. Asombrosamente éste no tomó ninguna acción pues, se supo más tarde, tres de sus familiares estaban en dicha lista, lo que llevó a que se le acusara de tergiversación y falsedad.

En una de las consecuencias de este caso en México, y debido a una investigación realizada por el congreso de EU en 2012, se concluyó que HSBC trabajaba con *rogue regimes* o regímenes corruptos, financieros del terrorismo y narcotraficantes.¹¹⁸ De hecho, no solo fue dicho reporte del congreso, sino acusaciones formales y multas, tanto en Estados Unidos como en México, a las filiales de HSBC en ambos países. El documento arrojó el esquema de operación del mayor cartel del crimen organizado en el mundo en ese momento; prácticamente HSBC de México y Estados Unidos se convirtieron en el ala financiera del cartel, conocido por sus sanguinarios métodos.¹¹⁹

Este escandaloso caso tuvo su principal escenario en la ciudad de Puebla. En esta ciudad operó por varios años una pequeña casa de cambio de moneda, *Casa de Cambio Puebla*. Las autoridades de ambos países determinaron que esa institución recibió alrededor de 376 mil millones de dólares del banco estadounidense *Wachovia*, dinero que era depositado en filiales de HSBC en México, en las que se ingresaban cientos de miles de

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Vulliamy, Ed, "HSBC has form: remember Mexico and laundered drug money", *The Guardian*, Londres, 15 de Febrero de 2015, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/15/hsbc-has-form-mexico-laundered-drug-money>

dólares en efectivo, “en un solo día, en una sola cuenta, utilizando cajas diseñadas para caber en las dimensiones precisas de las ventanillas de los cajeros.”¹²⁰

Ambos bancos fueron sancionados con multas en Estados Unidos, pero de acuerdo con la investigación, las multas equivalían a cinco semanas de ingresos de la filial estadounidense de HSBC, nadie fue sancionado con prisión y aún peor, los ejecutivos bancarios relacionados con estas transacciones fueron promovidos a puestos superiores. El banco emitió comunicados donde declaraba “haber cometido errores”, pero en realidad se sospecha que continúa colaborando con el crimen organizado internacional.

La divulgación periodística de Swiss Leaks tuvo consecuencias jurídicas con efectos en todo el mundo, incluyendo nuestro hemisferio y nuestras relaciones con los Estados Unidos.

2. El caso “*The Panama papers*”

Otro caso reciente sobre divulgación de delitos fiscales internacionales incluso superior al anterior, ocurrido justo un año después, fue el de los “Papeles de Panamá”¹²¹. Este nuevo escándalo financiero es de dimensiones globales, por las personas y empresas involucradas, y ocurrió en nuestro continente. Otra divulgación periodística, también involucrando al *Consortio Internacional de Periodistas de Investigación*, involucró esta vez a personajes aún más notorios y poderosos, incluyendo los presidentes de Rusia Vladimir Putin, de China, Xi Jinping, de Argentina, Mauricio Macri, el ex-ministro británico David Cameron, múltiples líderes políticos de África, el hijo del ex-secretario de la ONU, Kojo Annan, y en el caso de nuestro país,

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Swanson, Ana, “The ultra-rich are hiding way more money overseas than anyone realized”, *The Washington Post*, E.U.A., 1 de junio de 2017, https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2017/06/01/researchers-are-figuring-out-just-how-much-wealth-the-super-rich-are-hiding-overseas/?utm_term=.b139bd9b9802

el involucramiento directo en el ocultamiento de capitales por el exdirector de PEMEX Emilio Lozoya Austin. En su caso, se encontró una copia de su pasaporte en los archivos de la firma legal panameña Mossack-Fonseca.

Derivado de filtraciones publicadas por un periódico alemán¹²² y en colaboración con el *consorcio de periodistas de investigación*, los miles de archivos de la firma legal fueron desclasificados y analizados, y después de un año de investigación, los resultados arrojaron datos de tratos financieros secretos de más de 128 políticos y funcionarios públicos alrededor del mundo. La lista menciona al menos a 33 personas y empresas en la lista negra del gobierno de Estados Unidos por estar relacionados con actividades criminales, incluyendo involucramiento con capos de la droga mexicanos, organizaciones terroristas como *Hezbollah*, o naciones corruptoras como Corea del Norte e Irán.¹²³

Esta investigación abarca el período de 1975 a 2015, y es totalmente reveladora de la forma en la que el dinero oscuro fluye al sistema financiero global, dejando sin recursos a las administraciones fiscales de los países. Como en la investigación de Suiza, en los *Panama Papers* el sistema bancario juega un rol primordial. De acuerdo con la investigación, más de 500 bancos registraron cerca de 15,600 empresas fantasma con la firma Mossack-Fonseca, y el personaje principal del caso Suizo, el banco HSBC, creó más de 2300.

El reporte describe casos criminales en los que empresas fantasma dejaron sin seguridad social y en riesgo de muerte a obreros en África, o el robo de oro en Inglaterra que después fue comercializado por un cliente de la firma, o ingresos multimillonarios de la FIFA por sobornos pagados por televisoras, o evasión de impuestos en España por Lionel Messi, esquemas

¹²² El periódico alemán *Sueddeutsche Zeitung* recibió en el año 2015 alrededor de 11.5 millones de documentos de una fuente confidencial, divulgando solo parte de ellos, pero la lista involucró a personajes de la política, el deporte o del espectáculo conocidos mundialmente.

¹²³ ICIJ, “Giant Leak of Offshore Financial Records Exposes Global Array of Crime and Corruption”, 3 de abril de 2016, <https://panamapapers.icij.org/20160403-panama-papers-global-overview.html>

de préstamos millonarios de dinero irrastreable entre empresas propiedad del padrino de la hija de Vladimir Putin, Sergey Roldugin.

Este caso muestra que el problema de la evasión/elusión fiscales tienen una proporción global, y tuvo un efecto importante en los Estados Unidos. Al momento de la revelación, el entonces presidente Barack Obama tuvo que dar una postura pública sobre dicho escándalo financiero. Obama declaró, entre otras cosas, lo siguiente: “No hay duda de que ... la evasión fiscal es en términos generales un enorme problema. El problema es que mucho de este asunto es legal, no ilegal” (sic); “No deberíamos hacer legal el involucrarse en transacciones únicamente para evadir impuestos”; “muchos de estos vacíos legales son a costa de las familias de clase media, porque los ingresos perdidos tienen que salir de algún lugar”.¹²⁴

Debido a que en 2016 hubo elecciones federales en Estados Unidos, uno de los precandidatos demócratas, el senador Bernie Sanders, declaró que si fuera presidente terminaría con un acuerdo de “comercio justo” entre ese país y Panamá en un período de seis meses, y que realizaría una investigación exhaustiva de bancos estadounidenses, empresas e individuos adinerados que evadían impuestos en Panamá, y si alguno de estos hubiera violado leyes estadounidenses, los procesaría al grado máximo de la ley.¹²⁵

Lo anterior indica que en términos generales la postura de los políticos estadounidenses respecto a la evasión de sus ciudadanos ha sido, al menos hasta el año pasado, firme en cuanto a combatir la evasión fiscal internacional. Fue iniciativa de esta nación el celebrar acuerdos tributarios de cooperación con múltiples países, por medio de los cuales plantea forzar a los bancos a colaborar con su gobierno, o enfrentar la alternativa de un castigo unilateral por parte del gobierno estadounidense.

¹²⁴ Neate, Rupert y Smith, David, “Obama calls for international tax reform amid Panama Papers revelations”, *The Guardian*, Reino Unido, 5 de abril de 2016, <https://www.theguardian.com/news/2016/apr/05/justice-department-panama-papers-mossack-fonseca-us-investigation>

¹²⁵ Ídem.

Por si esos escándalos de fraude fiscal internacional no fueran suficientes, y mostraran la crisis actual para las jurisdicciones fiscales, en noviembre de 2017 surgió uno más, bautizado como los “*Paradise Papers*”.¹²⁶ Esta nueva divulgación de evasores internacionales muestra que la defraudación por parte de grandes contribuyentes, con asistencia flagrante de bancos y asesores corporativos, es la regla más que la excepción. Nuevos nombres de personas y empresas, iguales o aún más controversiales, como la reina de Inglaterra Isabel II, el actual secretario de comercio de Estados Unidos Wilbur Ross, la cantante Madonna, o las corporaciones Facebook y Apple surgieron en la filtración, por parte del mismo periódico alemán.

Es relevante aclarar la prioridad que se da a las fuentes de estas divulgaciones, los llamados “whistleblowers”, o *denunciantes*, como así se podría catalogar al *consorcio de periodistas e investigación*, o la “*Tax Justice Network*”. Su importancia radica en que, a pesar de ser información obtenida por medios ilegítimos, y no provenir de fuentes oficiales, no por ello carece de valor. De hecho, la información provista por estos se encuentra regulada en leyes estadounidenses, como la ley *Sarbanes Oxley Act*, así como en leyes laborales, las cuales detallan los procedimientos para que los denunciantes divulguen información. El acuerdo *MLI* de la OCDE regula y valida la aportación provista por denunciantes. Es en gran medida gracias a ellos que el fraude fiscal de gran escala ha sido descubierto.

Los tres casos previos llevan a cuestionarnos hasta qué punto la existencia del acuerdo *FATCA* se justifica, si busca beneficiar solo a Estados Unidos, y si su soporte en el derecho internacional público y privado es adecuado. Finalmente, si *FATCA* ha alcanzado los fines para los que fue creada, o si por otra parte, ha acarreado consecuencias perniciosas.

¹²⁶ Nuevamente el periódico alemán *Sueddeutsche Zeitung* filtró alrededor de 13.4 millones de documentos divulgando el mismo esquema ocurrido en los papeles de Panamá, en este caso la firma de abogados involucrada fue *Appleby*, con oficinas en los principales refugios fiscales, y especializada públicamente en invertir activos internacionales en esas jurisdicciones.

IV. LA OCDE Y EL G20.

En relación con la OCDE, cabe ahondar en la importancia que esta organización tiene en la economía mundial, y particularmente, en el estudio e influencia en el tema de la fiscalización internacional. En este trabajo nos referimos a La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE, español, OECD, inglés) de manera frecuente, por lo que en este espacio se hará una breve introducción a la misma.

La OCDE es una organización que primordialmente emite lo que se conoce como *Soft law*. En palabras de Mauricio Iván del Toro Huerta¹²⁷: *...Así, la expresión soft law busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica.*

Soft law entonces se entiende como principios o normas, en el derecho internacional, que no son obligatorias *per se*, pero que tienen influencia y consecuencias jurídicas en el mundo real. La OCDE, desde su creación, ha creado *leyes modelo* en temas de derecho internacional económico, que incluyen los acuerdos modelo para evitar la doble tributación, así como *directrices*, o documentos guía para las multinacionales, que establecen lo que se conoce como *las mejores prácticas* en temas de gobernanza corporativa. Otros temas en los que ofrece recomendaciones, son la forma en que una multinacional debe conducirse en sus relaciones con autoridades y con la comunidad local en la que se encuentra, además rendición de cuentas, información y transparencia, entre otras.

Originalmente bautizada como OECE (Organización Europea para la Cooperación Económica), la OCDE fue creada en 1948, después de la

¹²⁷ Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. VI., 2006, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256>

segunda guerra mundial con el objetivo de implementar el *Plan Marshall*, y su fin original fue la reconstrucción de Europa; de acuerdo con su ideología, los líderes europeos consideraron que la mejor forma de asegurar paz duradera era fomentando la cooperación y la reconstrucción, en lugar de “castigar a los derrotados”.¹²⁸

Una vez lograda dicha reconstrucción, la OCDE adquirió su nombre actual en 1960,¹²⁹ enfocándose en el desarrollo de las economías a nivel global, y otros países no europeos se unieron, como Canadá y Japón. La OCDE presume, por ejemplo, que Estados Unidos triplicó su economía desde su creación, y datos similares ocurren con otros países miembros. Las economías emergentes (Brasil, India, China, Indonesia, Sudáfrica) aspiran a acceder al organismo y el único otro país miembro de Latinoamérica es Chile, ejemplo de desarrollo.¹³⁰ En el caso de México, pertenecer a la OCDE ha sido un motor de crecimiento, y benéfico en términos generales. Esta organización ha ejercido una enorme influencia directa sobre la política económica del país, debido a que fue encabezada por el exsecretario de Relaciones Exteriores y de Hacienda de México Ángel Gurría, y ha sido una voz con gran peso en las últimas administraciones federales.

Este organismo multilateral, junto a los comités económicos y fiscales de la ONU, son las entidades internacionales que llevan la batuta en cuanto a acuerdos fiscales internacionales se refiere.

En el tema de la colaboración fiscal, tanto la OCDE como el grupo de las primeras 20 economías G20 han creado el “*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*”, o “Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información para Propósitos Fiscales”, el cual pretende atacar frontalmente la elusión y evasión fiscal

¹²⁸ OECD, *The OECD at 60*, Paris, 2020, <https://www.oecd.org/60-years/>

¹²⁹ *Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development*, Paris, Francia, firmada el 14 de diciembre de 1960.

¹³⁰ De acuerdo al Banco Mundial, Chile ha logrado una drástica reducción en niveles de pobreza en un tiempo muy breve. “Por ejemplo, entre 2000 y 2015, la proporción de la población considerada pobre (US\$4 por día) se redujo del 26 a 7.9%.”, Banco Mundial, *El Banco Mundial en Chile*, E.U.A., (s.f.), <https://www.bancomundial.org/es/country/chile>

que merma las finanzas de los estados. El mecanismo para lograrlo es desde luego la cooperación entre los miembros del foro. Pero es interesante la forma de llevarlo a cabo, pues incluye que los miembros se califiquen entre ellos en el grado de cooperación, con repercusiones en temas de inversión y desarrollo en caso de incumplimiento.

De acuerdo con su sitio web, el Foro está compuesto de 153 estados-miembros,¹³¹ mismos que se comprometen a compartir información fiscal si se les solicita. El foro evalúa el cumplimiento calificando a los estados como “compliant”, “largely compliant”, “partially compliant”, “non-compliant”, equivalentes a “en cumplimiento”, “mayormente en cumplimiento”, “parcialmente en cumplimiento” e “incumplimiento”. De esos 153 miembros aproximadamente el 77 % califican como mayormente en cumplimiento y 22% en cumplimiento. El resto cae en alguno de los valores de incumplimiento.

El foro busca la eliminación del secreto bancario para intercambio de información, así como mejorar la transparencia de las MNEs (eliminando el “anonimato” de accionistas). En marzo de 2017 una reunión de ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales del G20 solicitaron a la OCDE una lista con “jurisdicciones no cooperadoras”, que incumplían con los estándares del Foro, y declararon “...medidas defensivas serán consideradas contra las jurisdicciones en la lista”. Las jurisdicciones serían evaluadas con base en aceptar el intercambio automático de información fiscal, así como en acceder al tratado internacional *Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*,¹³² o la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal. Si alguna jurisdicción no es miembro de dicha Convención, aún puede intercambiar información

¹³¹ Organisation for Economic Development and Cooperation, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, Paris, (s.f.), <http://www.oecd.org/tax/transparency/>

¹³² OECD and Council of Europe, *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, amended by Protocol in 2010*, Paris, 2011, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#page1

fiscal con otras jurisdicciones a través de acuerdos bilaterales de intercambio de información fiscal, tales como el *FATCA*.

Además de la Convención, la OCDE ha desarrollado el instrumento llamado *Common Reporting Standard*¹³³, o Estándar de Reporte Común (*CRS*), desarrollado a petición del G20 y aprobado por el consejo de la OCDE en 2014. Este busca que los países miembros del *CRS* obtengan información de extranjeros de las instituciones financieras en sus territorios e intercambien dicha información con los otros miembros en una base anual. Especifica detalladamente la información de cuentas que debe intercambiarse, las instituciones financieras involucradas, los procedimientos de debida diligencia que las mismas deben aplicar, así como los contribuyentes requeridos.

En esta última iniciativa, la OCDE ha abierto canales de comunicación para que todas las partes involucradas, como representantes gubernamentales, asociaciones de negocios, instituciones financieras, organizaciones de la sociedad civil e incluso los *whistleblowers*, alerten a la organización sobre deficiencias en la recolección de información para el Estándar. Esto último es de relevancia, pues como se mencionó líneas atrás, los bochornosos casos recientes de evasión fiscal internacional (*Swiss leaks*, *Pánama Papers*, *Paradise Papers*) fueron denunciados por dichos *whistleblowers*, en particular el portal *Tax Justice Network*.

Ahora la OCDE ha formalizado la cooperación de estos colectivos ciudadanos; dicho en otra forma, les ha dado credibilidad y reconocimiento, lo que sin duda influirá en el nivel de transparencia de los gobiernos que reciben capitales en sus jurisdicciones, y en alguna medida desalentará las prácticas evasivas de grandes conglomerados y de individuos que desean esconder sus activos e ingresos.

¹³³ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Automatic Exchange Portal*, Paris, (s.f.), <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/>

Al respecto del *Common Reporting Standard* de la OCDE, y las atribuciones y objetivos similares que este comparte con *FATCA*, cabe mencionar lo siguiente: la implementación de *FATCA* a nivel global entró en vigor con anterioridad al *CRS*, es decir, Estados Unidos fue el pionero. Sin embargo, ambos son acuerdos distintos, *FATCA* es un acuerdo bilateral de intercambio de información vía acuerdo interinstitucional, mientras que aquel es un acuerdo multilateral de alcance global. Es decir, las obligaciones de *FATCA* derivan de un acuerdo separado al del *CRS*, y su objetivo es distinto, en el primero, originalmente fue atacar el desempleo estadounidense, y en el segundo lo es disminuir la evasión fiscal internacional de multinacionales principalmente.

Estados Unidos no es parte del *CRS*, con la justificación principal de que *FATCA* también establece la colaboración entre autoridades fiscales internacionales en una base de país a país, y en consecuencia sus atribuciones serían redundantes. Sin embargo, una consecuencia inesperada de dicha “ausencia” de E.UA. del *CRS*, es que este país se ha vuelto, paradójicamente, un destino mundial para la evasión fiscal, puesto que no se compromete globalmente, sino bilateralmente con cada signatario de *FATCA*, pero a estos no les comparte información de sus evasores invirtiendo en la economía estadounidense, sino solo la recibe de sus pares y sobre norteamericanos en el extranjero. Algunos estados de E.U.A., como Delaware, Nevada y Wyoming, entre otros, se caracterizan por sus estrictas reglas de confidencialidad en la creación de personas jurídicas, por lo que son destinos con un fuerte atractivo para la inversión extranjera.¹³⁴

En consecuencia, se deriva que el hecho de que ambos instrumentos, el *CRS* y *FATCA* conlleven requerimientos similares al gobierno mexicano,

¹³⁴ Payne, Robert, “The United States is not a participant in the OECD’s Common Reporting Standard”, *Adam Global*, Reino Unido, 14 de febrero de 2019, <https://www.adamglobal.com/blogs/accounting/taxation/united-states-not-participant-oecds-common-reporting-standard/>

esto no se traduce en que uno valide al otro, debido a que su soporte jurídico viene de acuerdos internacionales de distinta naturaleza legal.

Este primer capítulo ha tocado una variedad de temas que incluyen los orígenes de la cooperación fiscal internacional entre estados, los organismos internacionales que crean iniciativas de regulación de los impuestos a los flujos económicos, la tendencia actual de multinacionales e individuos con puntos de contacto en más de un estado a evadir esa clase de control y retención, los tipos de acuerdos que buscan, por un lado limitar la fiscalización excesiva a los ingresos que cruzan fronteras, y por otro incrementar dicha recaudación, paradójicamente, por la vía del trabajo conjunto entre autoridades recaudatorias.

Asimismo, se han mencionado, por ser casos notorios en la historia moderna de las relaciones económicas entre países, los incidentes de evasión fiscal masiva por conglomerados comerciales e individuos y la búsqueda de naciones receptoras de sus capitales como refugio a la fiscalización de los estados fuente de los ingresos. Como contraparte, hemos analizado los esfuerzos de organismos multilaterales por poner un alto, en la medida de lo posible, a ese éxodo colectivo de capitales, así como la presión a los estados que los alberguen en detrimento de las finanzas de aquellos donde se originó el capital.

Debido a que este trabajo se enfoca en un acuerdo de cooperación fiscal específico (*FATCA*), con dos estados en particular, Estados Unidos y México, se han mencionado también las estrictas y excesivas medidas de cobro fiscal que ejerce aquel país sobre sus nacionales, transgrediendo con ello derechos fundamentales y principios básicos tributarios.

Tenemos entonces varios factores que convergen en un mismo punto, pero las consecuencias de dicha conversión arrojan resultados no previstos que pueden generar nuevos problemas que resolver. Por un lado tenemos la colaboración fiscal entre estados, la cual se remonta al siglo XIX en Europa, debido a la movilidad de personas en ese continente, materia de Derecho Internacional Privado. Por otro lado, tenemos los primeros intentos de

determinar qué estado tiene derecho a gravar capitales que cruzan fronteras, si el que recibe el capital o el que lo envía, o ambos.

Los acuerdos de cooperación fiscal tienden a fortalecerse y a convertirse en la regla más que la excepción, pues en contraposición, los grandes contribuyentes buscan evitarse el pago total, de ser posible de todo impuesto, obedeciendo a las teorías económicas de conseguir el máximo lucro posible, sin regulación alguna del estado (*“la mano invisible”* de Adam Smith), y por ello fomentan la creación de paraísos de capitales.

Existen acuerdos, cada vez más amplios y eficientes, para contrarrestar esta evasión, sin embargo, ocurre que en la aplicación concreta de colaboración fiscal entre autoridades, se encuentran ciudadanos comunes y corrientes, que no gozan de grandes capitales sino de ingresos obtenidos por una vida de trabajo, que no tienen lazos vigentes con un estado que alguna vez pisaron, pero que este se adjudica coerciblemente el derecho de privarlos de sus ahorros y posesiones.

En capítulos subsiguientes se ahondará en los temas de la validez de una ley federal de un estado aplicada extraterritorialmente en otro, el cumplimiento con el derecho doméstico del país que aplica esta ley extraña en su territorio, así como las posibles consecuencias de efectuar actos ejecutivos de molestia que corresponden a autoridades administrativas ajenas.

CAPÍTULO SEGUNDO: EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY FATCA

I. EL DERECHO FEDERAL ESTADOUNIDENSE Y SU APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL

El acuerdo *FATCA* México-Estados Unidos tuvo su origen en una ley federal de este país a la que posteriormente su congreso le otorgó efectos en el extranjero. Conviene analizar la postura de esa nación respecto a la autodeterminación que hacen sus legisladores sobre la aplicación de sus leyes internas en otros países. *FATCA* es un claro ejemplo de ellas, sin embargo, hay muchas más.

A lo largo de su historia, el gobierno de Estados Unidos ha sostenido dos posturas en relación con la aplicación de sus leyes: en la primera, establece que el fin último de las mismas es para ser aplicadas dentro de sus fronteras; en la segunda, permite que se ejecuten fuera de su jurisdicción territorial, en algunos casos atribuyéndose facultades en conflicto directo con las de las autoridades locales extranjeras, como se relata más adelante.

En principio, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha determinado que las leyes emanadas de su congreso son para ser aplicadas dentro de su territorio. Tal es la llamada “*General presumption against extraterritorial application of U.S. law*”¹³⁵, o “Presunción general en contra de la aplicación extraterritorial del derecho estadounidense”. En el caso de la “*Equal Employment Opportunity Commission v. Arabian American Oil Co*”, una empresa incorporada en ese país fue demandada por un ciudadano norteamericano trabajando para la filial en Arabia Saudita alegando

¹³⁵ E.E.O.C. v. Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244 (1991).

discriminación racial, pero la Corte de Apelaciones determinó que carecía de jurisdicción en casos de ciudadanos estadounidenses trabajando para empresas de ese país en el extranjero. Otros casos reafirmaban tal postura. En *Foley Bros; Inc. v. Filardo*¹³⁶, la corte determinó que la jornada laboral de 8 horas diarias y el pago del 50% adicional a la tarifa regular por horas extras solo aplicaba en territorio estadounidense, aunque el contrato fuera entre una empresa de ese país y un contratista internacional (Iraq e Irán).

Estos casos sostienen que la *intención primaria* de las leyes estadounidenses es que sean aplicadas en su territorio. Si una parte agraviada desea efectos extraterritoriales de las mismas, primero debe vencer esa presunción; en otras palabras, le corresponde *la carga* de superar el supuesto territorial. En *Labor Union of Pico Korea, Ltd. v. Pico Prods., Inc.*¹³⁷ una empresa incorporada en Corea del Sur, demandó a otra de Estados Unidos por ser responsable del cierre de sus operaciones. La coreana era una filial de otra, que era propiedad de una corporación con sede en Nueva York. Los demandantes pertenecían al sindicato de la coreana. El caso llegó a una corte de Distrito de Nueva York en el que el juez lo desechó, pues determinó que carecía de jurisdicción, puesto que la violación a la ley estadounidense que los coreanos demandaban aplicaba a trabajadores estadounidenses únicamente.

Un tercer caso sostiene que para que exista extraterritorialidad (como excepción), debió ser esa la intención específica del congreso al emitir la ley. En el caso *USA v. Gatlin*,¹³⁸ un ciudadano estadounidense, Milton Gatlin, fue acusado de abusar sexualmente de su hijastra menor de edad mientras vivían en una base militar en Alemania, alrededor de 1997. Como resultado de los abusos, la menor se embarazó y dio a luz, confirmándose que Gatlin era el padre. Este fue demandado en una corte de Nueva York, bajo el

¹³⁶ *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, 336 U.S. 281 (1949)

¹³⁷ *Labor Union of Pico Korea, Ltd. v. Pico Prods., Inc.*, 968 F.2d 191, 194 (2d Cir.), cert. denied, 506 U.S. 985 (1992)

¹³⁸ *USA v. James Gatlin*, No. 16-10174 (5th Cir. 2017)

argumento que el delito cometido en la base militar en el extranjero traería como consecuencia estar sujeto a la jurisdicción de Estados Unidos.

Gatlin presentó una apelación argumentando lo contrario, que los hechos ocurrieron fuera de ese país, que él no era militar (su esposa lo era) y, por tanto, sus cortes carecían de jurisdicción sobre su persona. La corte de apelación, tras estudiar el caso, determinó que, en efecto, carecían de jurisdicción sobre Gatlin, pues para ello, la ley debía mencionar específicamente que los delitos cometidos en bases militares por civiles, serían castigados de acuerdo a leyes penales de Estados Unidos, lo cual no ocurría.

La Corte determinó finalmente que, debido a que la ley no era clara en ese supuesto, se concluía que no fue la intención del legislador aplicar derecho estadounidense fuera de ese país en esas situaciones.

Los casos previos refieren entonces al citado principio de la *Presunción contra la extraterritorialidad*. Otros muchos casos y eventos ocurridos en la historia, sin embargo, muestran una tendencia opuesta en los hechos. Estados Unidos ha impuesto en innumerables ocasiones sus leyes a sus ciudadanos, residentes e incluso a extranjeros, cuando se encuentran fuera de su territorio, trayendo como consecuencia situaciones inéditas en el derecho internacional público y privado, en el mejor de los casos, o que han provocado tensiones internacionales entre estados, en los más serios.

A pesar de la existencia del citado principio, en la realidad es común, para el sistema legal estadounidense, su congreso y sus cortes, extender su jurisdicción fuera de sus fronteras y aplicarla a personas físicas y jurídicas originarias de ese país, o extranjeras. Una de las justificantes legales para atraer *US persons* en el extranjero o para someter extranjeros a esa jurisdicción es la llamada “cláusula de comercio” o *commerce clause*.¹³⁹

¹³⁹ El Artículo 1, sección 8, cláusula 3 de la constitución estadounidense establece: “The Congress shall have power...to regulate commerce with foreign nations...”, o “El Congreso tendrá poder.... para regular el comercio con naciones extranjeras...”

Por medio de esta, dicho gobierno somete unilateralmente a estos actores, o a otras naciones, si tienen un “nexo” con Estados Unidos. Esto es, la actividad comercial tiene un extremo en el extranjero, y otro extremo en su territorio. La constitución de ese país, bajo la *Foreign Commerce Clause*, otorga el poder a su congreso a emitir leyes que regulen el comercio interno y el comercio con otros países. Esto incluye todo tipo de intercambio comercial entre Estados Unidos y naciones extranjeras. Debido a que la mayoría de los países actualmente tienen nexos comerciales con ese país, la *Commerce Clause* tiene un alcance global, y esta incluye, en términos de comercio internacional, conceptos como aranceles, impuestos por importación-exportación, embargos y otras actividades relacionadas al comercio, como el transporte internacional.¹⁴⁰

A pesar de que el origen de la cláusula de comercio era originalmente regular el comercio interestatal de Estados Unidos, así como el comercio con tribus indias, y por añadidura, con otras naciones, los casos sometidos a la Suprema Corte de ese país como consecuencia han sido de amplias materias, incluyendo casos migratorios, penales, de inversión extranjera, etc, y como determinó uno de los jueces, podrían incluir “regulación laboral en fábricas chinas, contaminación de plantas de energía en India, o métodos de cultivo en Francia”¹⁴¹, tal como fue analizado en el caso *Damion St. Patrick Bastón v. United States* , originado por una red de prostitución dirigida por un ciudadano jamaiquino y una mujer de Australia involucrada en tráfico sexual, caso que llegó a tribunales estadounidenses por la *Commerce Clause*, en el que el juez también estableció, al referirse a los excesos de la cláusula, que la misma “no confería al congreso estadounidense un poder virtualmente plenario sobre la actividad económica global”.

¹⁴⁰ Harlin Goodno, Naomi, “When the Commerce Clause Goes International: A Proposed Legal Framework for the Foreign Commerce Clause”, *Florida Law Review*, E.U.A., Vol. 65, Issue 4, Julio 2013, p.p. 1175.

¹⁴¹ *Damion St. Patrick Bastón v. United States*, No. 16-5454, decided March 6, 2017.

Con referencia a la economía mundial y Estados Unidos, hoy en día el dólar es la moneda universal, aceptada por el resto de la comunidad internacional. El origen de esto proviene principalmente de la segunda guerra mundial, cuando en 1944 los principales participantes de la guerra se reunieron en Bretton Woods, New Hampshire, y este país impuso su moneda como el valor de cambio internacional, por su posición hegemónica en el conflicto, además de poseer las mayores reservas de oro, en ese momento, el cual había sido el patrón monetario hasta esa fecha.

Durante la década de los 70's, el dólar dejó de basar su fortaleza en las reservas de oro de Estados Unidos, y actualmente su valor se respalda en la estabilidad de la economía estadounidense, en el volumen de las transacciones comerciales de esa nación, y, sobre todo, en la credibilidad que el resto de la comunidad internacional ha otorgado al dólar. Se dice que la mayoría de los dólares impresos se encuentran fuera de Estados Unidos, el 65% de ellos circulan principalmente en lo que era la Unión Soviética y en Latinoamérica.¹⁴²

Derivado entonces de la facultad del congreso de regular el comercio con otras naciones establecida en la constitución, más el hecho de que el sistema bancario internacional funciona principalmente con dólares, estos dos factores otorgan a los Estados Unidos y a su congreso una palanca de control de la economía mundial. Para que los bancos internacionales dispongan de dólares deben mantener una relación positiva y estable con las autoridades regulatorias de ese país, y en el mismo sentido, los reguladores estadounidenses se auto-otorgan el poder de castigar el sistema bancario internacional cuando este simplemente se rehúsa a cooperar.

Aquí es precisamente cuando la “presunción contra la extraterritorialidad” desaparece por completo, dando lugar a la imposición de regulaciones federales estadounidenses a entidades e individuos extranjeros de manera voluntaria o en contra de ella, haciendo complicado

¹⁴² Amadeo Kimberly, “Why the dollar is the global currency?”, *The Balance*, E.U.A., 5 de Octubre, 2018, <https://www.thebalance.com/world-currency-3305931>

a las soberanías internacionales oponerse a las solicitudes y decisiones de ese país.

Como ejemplo de la práctica estadounidense de aplicar sus leyes fuera su territorio, se narran los siguientes casos, en diferentes circunstancias, pero que muestran en todos ellos la poca o nula consideración que ese país tiene por las diferentes soberanías.

En el caso *Standard Chartered*,¹⁴³ en el año 2012 este banco británico fue sancionado por reguladores estadounidenses con una multa de 667 millones de dólares por facilitar negocios y manejar fondos con países “enemigos”, como Irán, Sudán y Cuba, violando leyes financieras de Nueva York. El banco aceptó esconder o disfrazar la identidad de clientes de Irán, incluyendo su banco central, en transacciones por miles de millones de dólares. Como parte del acuerdo para liberar cargos de E.U.A., el banco aceptó el escrutinio de la jurisdicción estadounidense, y a cambio, ese país desearía las acusaciones. La alternativa era que los funcionarios de Standard serían acusados y sancionados como individuos, y posiblemente llevados a prisión.

En un reciente caso referente a propiedad intelectual, las cortes estadounidenses establecieron que, en un conflicto de patentes registradas en ese país, es posible solicitar daños económicos cuando una empresa explota comercialmente productos “similares”, a los de otra, lucrando con ellos fuera del territorio de Estados Unidos. Es el caso *WesternGeco LLC v. Ion Geophysical Corp.*,¹⁴⁴ relacionado a empresas en el ramo de la tecnología para encontrar yacimientos petroleros submarinos. La empresa WesternGeco fabrica dicha tecnología, y acusó a la empresa Ion por infringir las leyes de propiedad industrial de Estados Unidos al producir en territorio

¹⁴³ Berthelsen Christian, Farrell, Greg y Schoenberg, Tom, “Standard Chartered May Face Another Fine for Iran Sanctions Breaches”, *Bloomberg*, E.U.A., 28 de Agosto de 2018, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-29/standard-chartered-may-face-another-fine-for-sanctions-breaches>

¹⁴⁴ *WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp.*, 585 U.S. ____ (2018), https://www.eff.org/files/2018/06/22/westerngeco_v_ion_opinion.pdf

estadounidense tecnología idéntica, y luego venderla en el extranjero. Después de un largo litigio presentado ante distintos tribunales federales, la Corte Suprema determinó que WesternGeco podía reclamar compensación económica de Ion, por dichas transacciones realizadas fuera de esa nación. Este caso es relevante porque se trata de negocios realizados fuera de Estados Unidos, siendo que las patentes se basan en el principio de la territorialidad; esto es, la explotación comercial de una patente se circunscribe al país en el que se obtuvo. Este caso extiende internacionalmente la jurisdicción de la *United States Patent and Trademark Office*, regulador estadounidense de propiedad intelectual.

En el tema de leyes anticorrupción, la ley *Foreign Corrupt Practices Act*,¹⁴⁵ es específica sobre el poder sancionador de Estados Unidos por actos de corrupción cometidos en el extranjero. Esta ley data de 1977, y busca evitar que empresas o individuos estadounidenses sobornen autoridades extranjeras con el fin de obtener beneficios económicos, como contratos, concesiones, facilitación de permisos y licencias, etc. Un caso reciente en México fue el de la cadena Walmart.¹⁴⁶ A principios de la década pasada, esta experimentó un crecimiento acelerado, abriendo sucursales de sus tiendas en zonas prohibidas, causando desequilibrios comerciales, de tráfico, de energía eléctrica y agua, violando leyes de desarrollo urbano. Todo lo hizo en un tiempo récord, sobornando autoridades federales.

En el caso de Walmart, se trata de una empresa estadounidense castigada por sus autoridades. Pero ocurre que si una empresa extranjera, por ejemplo, el grupo industrial alemán Daimler, fabricante de los autos Mercedes Benz, tiene presencia física en Estados Unidos, e incurre en actos similares, es castigada por reguladores de ese país también. En el caso de Daimler, admitió pagar sobornos en al menos 22 países, ninguno en Estados

¹⁴⁵ 15 U.S.C. §§ 78dd-1, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78dd-1>

¹⁴⁶ Schoenberg Tim, “Walmart Deadlocked With U.S. Over Bribery Probe”, *Bloomberg*, E.U.A., 2 de agosto de 2018, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-02/walmart-is-said-to-be-deadlocked-with-u-s-over-bribery-probe>

Unidos, pero dichas autoridades la sancionaron con el pago de \$185 millones de dólares para llegar a un arreglo con ellas.

Otra empresa alemana, *Siemens*, fue sancionada en el año 2008 en la cantidad de 450 millones de dólares por parte del Departamento de Justicia estadounidense y en 350 millones por la *Securities and Exchange Commission*, por las mismas razones, por asegurar contratos lucrativos sobornando autoridades gubernamentales de Argentina, Venezuela, Bangladesh e Iraq. Siemens fue alcanzada por la ley estadounidense por haber sido listada en la bolsa de Nueva York en 2001, y como consecuencia, sujeta a las regulaciones financieras de Estados Unidos. En resumen, la *FCPA* es una ley que obliga a las empresas a abstenerse de cometer actos de corrupción, lo cuestionable es que sanciona empresas no estadounidenses por igual, lo cual demuestra el alcance extraterritorial de las leyes estadounidenses.

En materia de extradición, Estados Unidos impone castigo corporal a individuos con pocos puntos de conexión con su territorio, pero en muchas ocasiones es el interés económico por juzgar a un extranjero lo que mueve los intereses estadounidenses. En el año 2007 un ciudadano británico, Gary Kaplan, fundador del sitio de apuestas “betonsports.com” fue arrestado en Puerto Rico y llevado a la justicia estadounidense por intermedio de la Interpol. En este caso se le confiscaron a Kaplan alrededor de 43.6 millones de dólares. Kaplan fundó su compañía en 1995, incorporando empresas en Aruba, Antigua y Costa Rica, con el fin de incentivar a estadounidenses a apostar en su sitio, por vía telefónica e internet, desde sus cuentas bancarias en Estados Unidos. El sitio web creció hasta convertirse uno de los más grandes, por número de usuarios, en el mundo, teniendo hasta un millón de clientes registrados, y manejando millones de dólares en apuestas. En 2004 BetOnSports inició operaciones en la bolsa de valores de Londres, convirtiéndose en empresa pública.

Debido a que las apuestas por internet son ilegales en Estados Unidos, en 2006 Kaplan fue indiciado por un gran jurado, llevado a la justicia, y

finalmente se declaró culpable. En el caso Kaplan, la ley federal estadounidense supuestamente violada fue la llamada *Federal Wire Act*,¹⁴⁷ la cual castiga las apuestas por teléfono o internet.

Un caso que ocurrió en México, relacionado con otra ley federal estadounidense, la ley *Helms-Burton*,¹⁴⁸ fue motivo de un conflicto diplomático y de jurisdicciones entre nuestro país y Estados Unidos, siendo que dicha ley no tenía relación alguna con México en su origen.

La ley Helms-Burton entró en vigor en 1996, como consecuencia del derribo de dos aviones estadounidenses que sobrevolaban territorio cubano sin permiso. En represalia, el congreso de Estados Unidos emitió la llamada “*Ley de la Libertad Cubana y Solidaridad Democrática*”, o la ley Helms-Burton, por el apellido de los congresistas que la propusieron. Con base en esta ley, Estados Unidos se adjudicaba el derecho de castigar empresas o individuos que comerciaron con Cuba, tuvieran ciudadanía estadounidense o no.

Todo ocurrió en el Hotel María Isabel Sheraton, situado frente a la embajada de Estados Unidos en México, en el año de 1996.¹⁴⁹ De acuerdo con un documento del congreso mexicano, 16 funcionarios cubanos se reunían en ese lugar con empresarios estadounidenses, siendo desalojados del hotel, por pertenecer este a una cadena de ese país, y estar sujeto a la aplicación de la mencionada ley Helms-Burton. En represalia, autoridades capitalinas clausuraron el hotel, por supuestas violaciones a leyes de protección civil, imponiendo una multa por 156,474 pesos mexicanos. Acusaciones de actos discriminatorios surgieron por todas partes y la comunidad jurídica mexicana de esos años protestaba por invasión a la

¹⁴⁷ 18 U.S. Code § 1084. Esta ley basa su jurisdicción en la cláusula de comercio, al establecer que quien realice apuestas en el comercio extranjero utilizando medios de comunicación alámbricos será sancionado con prisión.

¹⁴⁸

H.R.927 - Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996, <https://www.congress.gov/104/plaws/publ114/PLAW-104publ114.pdf>

¹⁴⁹ Cámara de Diputados, LIX Legislatura, *Extraterritorialidad de la ley: Caso Sheraton*, México, Marzo 2006, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/re/RE-ISS-03-06.pdf>

soberanía mexicana. La respuesta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, encabezada por Luis Ernesto Derbez en esos años, fue contradictoria, declarando que “no hubo aplicación extraterritorial de la ley norteamericana, sino violaciones a la ley de Profeco por parte del hotel, por lo que procederemos contra este”.

Esta ley actualmente se encuentra congelada, debido a la fuerte oposición que enfrentó, tanto en Estados Unidos como en otras partes del mundo, pero su aplicación en la ciudad de México derivó en una situación inédita en la que un establecimiento mercantil sujeto a la legislación mexicana aplicó una ley federal estadounidense en contra de la propia Constitución de nuestro país, que prohíbe en su artículo primero la discriminación motivada por origen nacional.

Existen muchos otros casos en los que se demuestra que, contrario al principio de *presunción contra la extraterritorialidad*, los legisladores y jueces norteamericanos, por el contrario, aplican sistemáticamente leyes de su país en otras jurisdicciones y se sienten cómodos haciéndolo, tal vez derivado de la injerencia histórica, por asuntos militares, comerciales y migratorios, entre otros, que Estados Unidos ha mantenido en asuntos de otras naciones.

Son múltiples y variados ejemplos en los que esta nación ignora y desconoce el concepto de soberanía, como son sus intervenciones, militares y de otro tipo, en países de todos los hemisferios, como la violación al territorio de Pakistán con el objetivo de asesinar a Osama Bin Laden en el año 2011, o la invasión a Panamá de 1989 con la justificación de “defender la democracia y los derechos humanos”, o el secuestro en territorio mexicano de Humberto Álvarez Machain en 1990 para llevarlo a tribunales estadounidenses, por citar tres casos de la historia reciente, no relacionados con fiscalización internacional, pero si con la relación que Estados Unidos tiene con el derecho internacional público y privado.

1. La ley “*Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*” y su aplicación

Esta es una ley federal estadounidense notoria por ser la primera que permite que una nación someta a otras a la jurisdicción de sus cortes domésticas. Para ponerlo en perspectiva, un país puede demandar a otro ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) con sede en la Haya, y normalmente, la corte tendrá jurisdicción sobre el estado demandado por pertenecer ambos a la ONU; un inversionista podrá demandar a un estado ante un panel de arbitraje si un tratado de inversión celebrado entre su país y el país receptor de la inversión así lo acuerdan.

En el caso de la ley *FSIA*, un país puede ser demandado ante cortes estadounidenses, las cuales se adjudican el derecho de someterlo, similar a la CIJ o un panel de arbitraje, lo cual corrobora que es una tradición estadounidense tanto la aplicación de sus leyes fuera de su territorio, como emitir leyes dirigidas expresamente para imponerlas a otros estados sin su consentimiento, violación a uno de los principios fundamentales del derecho internacional público.

La forma como opera esta ley, similar a la “presunción contra la extraterritorialidad”, es de manera *excepcional*.¹⁵⁰ Es decir, Estados Unidos reconoce la inmunidad (hacia los tribunales de ese país) de la que gozan todas las naciones, esa es la regla. Pero *excepcionalmente*, habrá casos en los que el estado extranjero “*renuncia*” a esa inmunidad y se vincula a la jurisdicción de E.U.A., verbigracia: cuando realiza comercio con Estados Unidos, acepta someter una controversia a arbitraje cubierto por un tratado en el que E.U.A. sea parte, comete una expropiación supuestamente ilegal contra un inversionista estadounidense, entre las causas más controversiales, y otras con más sustento, como cuando la nación extranjera es partícipe de actos terroristas o prácticas de tortura.

¹⁵⁰ 28 U.S. Code § 1605 - General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605>

Es interesante notar los términos empleados en la ley; el término *waiver*,¹⁵¹ implica efectivamente renunciar, pero no es una renuncia voluntaria, sino que al cometer un acto determinado automáticamente se pierden ciertos derechos. En el caso de los estados extranjeros con puntos de conexión con Estados Unidos, estos “renuncian” a su inmunidad al caer en los supuestos arriba mencionados; el punto de análisis es que el congreso estadounidense se autoadjudicó el derecho a fijar los términos en los que un país renuncia a su inmunidad y se somete automáticamente a la jurisdicción estadounidense.

La ley FSIA establece que: “*the government of a foreign nation shall not be immune from litigation in the courts of the United States or in the courts of any of its individual states when the foreign government either expressly or implicitly waives its sovereign immunity*”¹⁵², traducido como: “el gobierno de una nación extranjera no será inmune de litigios en los tribunales de los Estados Unidos o en los tribunales de cualquiera de sus estados individuales cuando el gobierno extranjero renuncia ya sea expresa o implícitamente a su inmunidad soberana”.

En el mismo sentido del tema del comercio con Estados Unidos, si el estado extranjero tiene comercio directamente con este país, cae en una de las excepciones a la “inmunidad” generosamente otorgada, a la cual la nación extranjera renuncia implícitamente. De acuerdo con el United States Code se define lo que se comprende como actividad comercial con Estados Unidos como sigue:¹⁵³

§1603. Definitions...

(d) A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial

¹⁵¹ De acuerdo al diccionario de la escuela de derecho de la universidad Cornell, *Waiver* se define como: “Intentionally or voluntarily giving up one's recognized right.”, traducido como: Intencional o voluntariamente abandonar a un derecho reconocido.

¹⁵² Pittman, Andrew B., “Ambassadorial Waiver of Foreign State Sovereign Immunity to Domestic Adjudication in United States Courts”, *Washington and Lee Law Review*, E.U.A., Vol. 58, Issue 2, 2001, p.p. 648.

¹⁵³ 28 U.S.C. United States Code, 2011 Edition Title 28 - JUDICIARY AND JUDICIAL PROCEDURE PART IV - JURISDICTION AND VENUE CHAPTER 97 - JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF FOREIGN STATES

character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

Traducido como: Una actividad comercial significa ya sea el curso regular de una conducta comercial o una transacción o acto comercial particular. El carácter comercial de una actividad será determinado por referencia a la naturaleza del curso de conducta o transacción o acto particular, en lugar de por referencia a su propósito.

Posteriormente, en las “excepciones a la inmunidad de naciones extranjeras” se define dicha excepción de la siguiente manera:

§1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state
(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—
(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by a foreign state"; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere"; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States."

Traducido como sigue:

§1605. Excepciones generales a la inmunidad jurisdiccional de un estado extranjero
(a) Un estado extranjero no será inmune de la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos o de sus estados en cualquier caso-
(2) en el cual la acción se base en una actividad comercial en los Estados Unidos por un estado extranjero; o debido a un acto llevado a cabo en los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial del estado extranjero en cualquier parte; o por un acto fuera del territorio de Estados Unidos en conexión con una actividad comercial del estado extranjero en cualquier parte y que el acto cause un efecto directo en los Estados Unidos.

Del análisis del fundamento jurídico estadounidense arriba citado, dicho gobierno determina cuando le concede la inmunidad hacia sus tribunales a otros países, y bajo qué circunstancias estos “renuncian” a ella y se vinculan tácitamente a dicha jurisdicción. Por mencionar sólo algunos,

los gobiernos de Bélgica, Alemania y Hungría, se han vuelto involucrados en demandas en suelo estadounidense derivadas de la FSIA.¹⁵⁴

2. *El Long Arm Statute*

El “estatuto de brazo largo” se basa en la teoría de la “jurisdicción de brazo largo”. Esto se refiere a que un juez estadounidense aplique “el brazo largo de la justicia”, fuera de su jurisdicción. Esta teoría se basa en el caso del año 1945 *International Shoe Co. v. Washington*,¹⁵⁵ en el que la Suprema Corte estableció que podía extender su jurisdicción sobre un demandado extranjero siempre y cuando existieran “contactos mínimos” entre éste y el foro,¹⁵⁶ y si aceptar dicha demanda en el foro no arrojaría un resultado injusto.

Los contactos mínimos incluirían tener un contacto directo con el estado en cuestión (v.gr presencia física, como un turista), tener contacto con un residente del estado (v.gr relación personal), poner un producto en “la corriente del comercio”, de manera que llegue al estado del foro, correr traslado a un residente, cumplir con lo establecido por el “test Calder”¹⁵⁷ (cuando se comete un daño contra un residente, v.gr difamación, invasión a la privacidad, daño emocional intencional, etc). Estas causales para que una corte estadounidense alargue su brazo y lleve a un extranjero a su jurisdicción pueden incluir entonces una compraventa electrónica internacional, o una demanda por daño moral como el reciente caso ante la

¹⁵⁴ Mulligan, Stephen P., “Two Supreme Court Cases to Test Limits on Foreign Sovereign Immunity for Holocaust Harms”, *Congressional Research Service*, E.U.A., 16 de diciembre de 2020, https://www.everycrsreport.com/files/2021-02-05_LSB10563_eb18d5e1e3faca9266155d2d1af860bdc176cb74.pdf

¹⁵⁵ *International Shoe v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/>

¹⁵⁶ En derecho internacional privado, “el foro” se refiere al territorio en el que una corte ejerce su jurisdicción.

¹⁵⁷ *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/465/783.html>

corte de apelaciones del estado de Texas por parte de la cantante Gloria Trevi contra la televisora TV Azteca.¹⁵⁸

Es relevante hacer notar como Estados Unidos considera a sus entidades federativas como “países” separados. Al nacer como nación, los padres fundadores¹⁵⁹ basaron su unión en un pacto federal, en el que las 13 colonias se consideraban estados independientes, pero unidas para defenderse contra enemigos en común (Inglaterra principalmente), manteniendo su propia constitución estatal. Bajo el estatuto de brazo largo, la jurisprudencia estadounidense mantiene ese espíritu; establece que si un acto tiene suficientes puntos de contacto con un estado, este tiene jurisdicción, ya sea que el acto haya ocurrido en otra entidad federativa o en una nación extranjera, equiparando a ambos como si tuvieran el mismo estatus¹⁶⁰ y personalidad jurídica, siendo que no los tienen, pues la última goza de soberanía respecto a otras naciones, concepto con el que el sistema legal estadounidense se conflictúa de manera reiterada.

2.1. *Extraterritorialidad en materia tributaria*

Cuando grava personas, empresas o actividades internacionales, un gobierno determina primero a cuáles de estas va a gravar y que ingresos se encuentran sujetos a retención. En ese sentido, el estado en cuestión utilizará dos bases para autodeterminar que tiene jurisdicción sobre ese ingreso. La primera es establecer si existe una relación personal entre el

¹⁵⁸ Demanda por daño moral de la cantante presentada ante cortes del estado de Texas, actualmente en proceso, TV AZTECA, S.A.B. DE C.V., PATRICIA CHAPOY, AND PUBLIXMAN, S.A. DE C.V., Appellants, v. GLORIA DE LOS ANGELES TREVINO RUIZ, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER MINOR CHILD, ANGEL GABRIEL DE JESUS TREVINO, AND ARMANDO ISMAEL GOMEZ MARTINEZ, Appellees.

On appeal from the 139th District Court of Hidalgo County, Texas.

<https://cases.justia.com/texas/thirteenth-court-of-appeals/13-12-00536-cv.pdf?ts=1391078620>

¹⁵⁹ Se consideran como “los padres fundadores” a los independentistas que lograron la separación de las 13 colonias de Inglaterra, siendo considerados como tal a Alexander Hamilton, John Adams, Benjamin Franklin, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison y George Washington.

¹⁶⁰ Beverly M., Carl, “La competencia en el derecho internacional privado de los Estados Unidos”, *Pontificia Universidad Católica del Perú*, Perú, Núm. 40, 1986, p. 60.

contribuyente y el país. La segunda consiste en determinar si existe una relación económica entre ambos.¹⁶¹ Estados Unidos grava a sus propios ciudadanos, extranjeros residentes y empresas domésticas bajo el principio de relación personal, y a los extranjeros no residentes y empresas extranjeras, bajo el principio de la fuente del ingreso.

En relación con estas últimas, un país puede considerar a una corporación como su residente si se incorporó en su territorio, aunque opere con sucursales en el extranjero, o si su principal oficina de negocios se encuentra ubicada ahí, sin considerar que hubiera sido registrada en otro país.

De acuerdo con el artículo 26 U.S. Code § 61, Estados Unidos grava a lo que considera como “*U.S. Persons*” en su ingreso universal, radiquen en su territorio o no. Este ingreso incluye pago por servicios, ingresos derivados de negocios, propiedades, intereses, rentas, regalías, dividendos, alimentos (manutención), pensiones y fideicomisos, por mencionar algunos. Las llamadas “*U.S. Persons*” se refieren a ciudadanos estadounidenses, extranjeros residentes (aquellos que obtuvieron tarjeta de residente o *green card*, y los que han estado físicamente por al menos 183 días durante el último año), empresas y sociedades registradas en Estados Unidos (para este país el lugar principal de negocios no es relevante), herencias y fideicomisos, siempre que estos estén bajo control de personas y tribunales estadounidenses.

En materia de impuesto sobre la renta, Estados Unidos se apega a los tratados para evitar la doble tributación mencionados con anterioridad, y al sistema de “crédito”. Básicamente, el impuesto por ganancias se paga solo en una de las jurisdicciones del tratado, y si en la otra el mismo impuesto es superior, se le paga sólo la diferencia, mientras que el resto “se acredita”, es decir, se solicita a la autoridad fiscal extranjera que aplique los beneficios del acuerdo entre los dos países tomando en cuenta el pago realizado,

¹⁶¹ Misesy Jr., Robert J., y Schadeewald, Michael S., *Practical Guide to U.S. Taxation of International Transactions*, 3era ed., E.U.A., Wolters Kluwer, 2015, p. 15.

excepto el diferencial en caso de existir, debido a que el impuesto ya fue cubierto en una de las jurisdicciones.

En relación con la forma en la que Estados Unidos grava, se basa en un sistema de *fairness* (equidad) tanto horizontal como vertical.¹⁶² La primera se refiere a que los contribuyentes en condiciones similares deben ser tratados similarmente (“tratar igual a los iguales”), mientras que la segunda significa imponer mayores contribuciones a los contribuyentes de más altos ingresos (progresividad).

En el tema del cumplimiento y ejecución de las leyes fiscales sobre los contribuyentes, Estados Unidos se guía por el principio de que solo puede ejecutar el cobro de impuestos a extranjeros únicamente si puede verificar la exactitud de la omisión de impuestos, y en el caso de que el contribuyente se niegue a pagarlos voluntariamente. Esto aplica a cabalidad sólo en el caso de que dicho pagador de impuestos o el ingreso gravable se ubiquen en territorio estadounidense.

Sin embargo, en el mismo tema de la ejecución, ocurre nuevamente otra gran contradicción del sistema legal estadounidense, tal como la *presunción contra la extraterritorialidad* que se transforma en lo opuesto, es decir, en aplicación de sus leyes más allá de sus fronteras en contra de principios de derecho internacional público y privado. Por tradición, ese país ha seguido el principio de soberanía internacional que establece que un país no hará cumplir las leyes fiscales de otro. Este principio se conoce como “*Rule against foreign revenue enforcement*” o “regla contra la ejecución de ingresos extranjeros”, mismo que ha sido sostenido por Estados Unidos en distintas jurisprudencias, como en *State of Colorado v. Herbeck*,¹⁶³ en el que la corte estableció lo siguiente:

“...it is a well-settled principle of private international law which precludes one state from acting as a collector of taxes for a sister state and from enforcing its penal or revenue laws as such. The rule is

¹⁶² *Ibidem*, p. 39.

¹⁶³ *State of Colorado v. Harbeck*, 133 N.E. 357 (NY 1921)

universally recognized that the revenue laws of one state have no force in another...”

Traducido como: “...es un principio bien establecido de derecho internacional privado el que impide a un estado para actuar como recaudador de impuestos de un estado hermano y de ejecutar sus leyes fiscales o recaudatorias como tal. Es universalmente reconocida la regla de que las leyes recaudatorias de un estado no tienen fuerza en otro...”

En contraste, el acuerdo *FATCA* México-Estados Unidos establece en su parte conducente:

Artículo 5

Colaboración sobre Cumplimiento y Exigibilidad

La Autoridad Competente de EE.UU. puede hacer una solicitud a la Autoridad Competente de México para que ésta realice un requerimiento directamente a la Institución Financiera de México Sujeta a Reportar.

2. Falta de Cumplimiento Significativo.

a) Una Autoridad Competente notificará a la Autoridad Competente de la otra Parte cuando la primera haya determinado que existe una falta de cumplimiento significativo de las obligaciones contenidas en este Acuerdo con respecto a una Institución Financiera Sujeta a Reportar de la otra jurisdicción. La Autoridad Competente de la otra Parte aplicará su legislación interna (incluyendo las sanciones aplicables) para tratar la falta de cumplimiento significativo descrito en el aviso.

La contradicción sobre la tradición judicial de Estados Unidos con el actual acuerdo *FATCA* es clara, estableciendo que las partes del acuerdo internacional se encarguen de requerir el pago de créditos fiscales uno del otro en sus respectivos territorios, en uso de sus facultades fiscalizadoras, lo cual vulnera el principio del common law¹⁶⁴ *Rule against foreign revenue enforcement*, evidenciando nuevamente las incongruencias del gobierno de ese país con principios jurídicos del common law. Este tipo de

¹⁶⁴ El principio *Rule against foreign revenue enforcement* es de antigua tradición del common law, se originó en Inglaterra en 1775 durante un litigio en el que la corte inglesa se negó a ejecutar una fianza en su territorio derivada de impuestos al tabaco de Escocia. En casos subsiguientes la regla se confirmó en el mismo sentido, haciéndose extensiva a los países del sistema del common law, incluyendo Estados Unidos, Canadá, Irlanda, Singapur y Australia, entre otros. La ley *FATCA* y su implementación vía acuerdos intergubernamentales niega y contradice el principio.

inconsistencias debilitan la implementación en el extranjero del acuerdo *FATCA* así como su legitimidad, al punto que ciudadanos de países signatarios se niegan a cooperar e incluso sostienen una batalla legal contra el acuerdo *FATCA*, como es el caso de personas y organizaciones civiles Canadienses,¹⁶⁵ país miembro del T-MEC nada menos.

Actualmente, una ONG canadiense llamada *Alliance for the Defence of Canadian Sovereignty*, se encuentra en proceso de demandar a su gobierno por proveer información de sus ciudadanos al IRS, debido al hecho de que nacieron en Estados Unidos (“estadounidenses por accidente”). Los demandados en específico son el procurador general (attorney general) y el ministro de rentas internas (national revenue minister) canadienses. Los demandantes esperan que surjan demandas en otros países como Inglaterra, que también pertenece al sistema legal del common law, por parte de “estadounidenses por accidente” británicos, contra sus propios gobiernos, por revelar información confidencial a una autoridad extranjera, además de confiscar activos en sus países.

Para estos demandantes, no es concebible ni correcto que Canadá sacrifique los derechos de sus ciudadanos con el fin de evitar una sanción financiera estadounidense. Estos hechos muestran que, a pesar de existe la cooperación fiscal entre Estados Unidos y muchas otras naciones vía *FATCA*, ciudadanos de países desarrollados no están dispuestos a someterse a autoridades fiscales estadounidenses, lo cual pone en evidencia la falta de credibilidad y firmeza internacional del acuerdo.

Es relevante traer a colación, en el tema de las impugnaciones canadienses, el caso del acuerdo *MAI*. Ocurrió que, en 1998, ONGs de ese país iniciaron y consumaron la revocación de un acuerdo de protección a la inversión extranjera de alcances globales. El llamado “*MAP*”, o “*Multilateral*

¹⁶⁵ Burggraf, Helen, “Anti-FATCA lawsuit plaintiff vows fight against FATCA ‘will go on’”, *International Investment, Canada*, 2018, <http://www.internationalinvestment.net/products/tax/anti-fatca-lawsuit-plaintiff-vows-fight-fatca-will-go/>

Agreement on Investment”, fue un acuerdo en el seno de la OCDE, por el cual las corporaciones internacionales adquirirían derechos fundamentales en materia laboral, de medio ambiente y de salud en contra de regulaciones domésticas de los países receptores de inversión. El objetivo del *MAI* era limitar los abusos de gobiernos federales cuando expropiaban inversión extranjera o incumplían con sus obligaciones internacionales. Desde la perspectiva opuesta, el acuerdo podría resultar en una invasión a sus soberanías, pues tendrían que ceder poder regulatorio contra el *MAI*, por no mencionar que se trataba de un acuerdo para proteger a los consorcios corporativos internacionales con gran poder económico, muchos de ellos con ingresos anuales superiores al producto interno bruto de países en desarrollo, lo que desequilibraba la relación inversionista-estado.

Francia, país en el que se ubicaría la sede del acuerdo, terminó por negarse a recibir al *MAI* en su territorio, debido a la presión internacional generada por múltiples ONGs, echando efectivamente abajo el controversial acuerdo *MAI* antes de nacer, en lo que las ONGs canadienses (*“The Council of Canadians”*) jugaron un rol prioritario. Lo anterior no supone que ocurra algo similar con *FATCA*, sin embargo, este tiene férreos opositores, tanto de las naciones en las que se implementa, como dentro de Estados Unidos, y siempre está sujeto a revocación en su Congreso si la mayoría lo determina. Más adelante se examinará si *FATCA* ha generado los beneficios económicos que la administración del presidente Obama contemplaba.

2.2. Países e instituciones a los que se ha extendido la ley *FATCA*

De acuerdo con la página de internet del IRS,¹⁶⁶ en la actualidad existen 113 jurisdicciones que han firmado los llamados IGAs, *Intergovernmental agreements* o como se conocen en México, acuerdos interinstitucionales, con Estados Unidos para implementar su ley *FATCA*. El tema del tipo de acuerdo

¹⁶⁶ US Department of the Treasury, *Foreign Account Tax Compliance Act*, E.U.A. (s.f.), <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

que se implementa, sin necesidad de ratificación por el congreso, será tratado más adelante en este trabajo, pero es de relevancia hacer notar que una de sus características es que remueve el secreto bancario, considerado en múltiples jurisprudencias de la Corte como garantía de seguridad jurídica bajo el artículo 16 constitucional, puesto que regula aspectos primordiales de la vida privada de una persona.¹⁶⁷ Dicha garantía se establece no únicamente en nuestro país, sino en los países que han ratificado el *FATCA*, existiendo impugnaciones internacionales al respecto.

Adicional a las jurisdicciones que lo han firmado, también lo han hecho instituciones financieras. Esto obedece a que *FATCA* tiene dos versiones, una en la que quien reporte al *IRS* sobre información de cuentas bancarias sea la entidad gubernamental que el país aceptante elija (como la SHCP), y otra en la que la institución financiera (como los bancos) ubicada en el país aceptante reporta al *IRS*, sin intermediarios. Contando a las instituciones financieras internacionales, son alrededor de 300,000 de ellas las que han aceptado someterse, de manera voluntaria o no, a la jurisdicción de Estados Unidos.¹⁶⁸ Para estas, ser sujetas a *FATCA* puede ser agobiante y el cumplimiento puede pesar más que los beneficios, por no mencionar que se han encontrado poco entusiasmadas en convertirse en “brazos armados de las autoridades fiscales estadounidenses”.¹⁶⁹

Entre las instituciones financieras obligadas a reportar al *IRS* se encuentran bancos, compañías de seguros, cooperativas de agricultura o pesca, sociedades de inversión, fondos mutuos, fondos de cobertura y fideicomisos. Estudios determinan que el costo para estas instituciones por implementar *FATCA* rondaría la cantidad de siete mil quinientos millones

¹⁶⁷ 169607. 2a. LXIV/2008. Segunda Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Mayo de 2008, Pág. 234.

¹⁶⁸ Lesser, Hugo, “How does FATCA affect Americans Working Overseas”, *Forum for Expatriate Management*, 2018, <https://www.forum-expat-management.com/users/33203-hugo-lesser/posts/30455-how-does-fatca-affect-americans-working-overseas>

¹⁶⁹ Braithwaite Tom, Houlder Vanessa, Tait Nikki y Wilson James, “Banks battle over US tax law”, *Financial Times*, E.U.A., 12 de Junio de 2011, <https://www.ft.com/content/60896702-9521-11e0-a648-00144feab49a>

de dólares para los primeros 30 bancos extranjeros,¹⁷⁰ derivado de la obligación de investigar a todos sus cuentahabientes e identificar a los estadounidenses, para posteriormente reportarlos.

Como se analizará más adelante, nuevas investigaciones por parte de instituciones privadas estadounidenses en relación a *FATCA* y su ofrecimiento de “reciprocidad”, no es tal, puesto que el *IRS* carecería de los recursos económicos y humanos para efectivamente colaborar con los cientos de países y entidades financieras firmantes, proveyéndoles de información de cuentahabientes en territorio estadounidense, por lo que solo obtendrían información de cuentas de estadounidenses, pero no necesariamente corresponderían con sus pares internacionales (v.gr. El *IRS* reportando al SAT sobre cuentas bancarias de mexicanos en E.U.A.).

La falta de reciprocidad sería un punto débil de *FATCA*. Adicional a esto, el *IRS* ha estado rechazando un gran número de reportes por parte de los bancos extranjeros, debido a que carece de la capacidad para cotejar dicha información con los datos individuales de personas, y esto llega a un 30% de la información enviada, hasta 2017.¹⁷¹ Dicho de otra forma, el *IRS* puede carecer de la posibilidad real para manejar el volumen de información derivado por *FATCA*, a pesar del costo que ha tenido implementar la ley.

De acuerdo con un reporte del *Treasury Inspector General for Tax Administration*,¹⁷² autoridad del gobierno federal estadounidense encargada de supervisar las actividades del *IRS* de manera externa, similar a una

¹⁷⁰ European Banking Federation and Institute of International Bankers, *Re: Comments on Notice 2010-60 Providing Preliminary Guidance on FATCA*, 12 de Noviembre de 2010, https://c.yimcdn.com/sites/www.iib.org/resource/resmgr/imported/20101112EBF-IIBletter_Notice%202010-60.pdf

¹⁷¹ Enos, Gaby, “IRS Unable to Administer FATCA Despite Seven Years and Spending 380 Million in Taxpayer dollars”, *AMERICANS FOR TAX REFORM*, E.U.S., 2018, <https://www.atr.org/irs-unable-administer-fatca-despite-seven-years-and-spending-380-million-taxpayer-dollars>

¹⁷² Treasury Inspector General for Tax Administration, *Despite Spending Nearly \$380 Million, the Internal Revenue Service Is Still Not Prepared to Enforce Compliance With the Foreign Account Tax Compliance Act*, 5 de julio de 2018, <https://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2018reports/201830040fr.pdf>

contraloría, para julio de 2018 *FATCA* había costado millones de dólares para su implementación, pero los resultados han sido magros en relación con la recaudación que pretendía. El reporte establece: “*TIGTA (the Treasury Inspector) determined that, despite spending nearly \$380 million, the IRS has taken limited or no action on a majority of the planned activities outlined in the FATCA Compliance Roadmap...*” (TIGTA determinó que, a pesar de gastar cerca de 380 millones de dólares, el IRS ha tomado acciones limitadas o ninguna, en la mayoría de las actividades delineadas en la hoja de ruta de cumplimiento de *FATCA*).

En particular, los números *TIN*, o *Taxpayer identification number* han sido problemáticos, pues un gran número han resultado falsos. El reporte relata que en el año 2015, se presentaron 62,398 declaraciones de impuesto para *FATCA* con *TINs* inválidos, por lo que, de los \$717 millones que se reportaron, el *IRS* sólo pudo retener \$47 millones.

3. La ley estadounidense *FATCA* y sus orígenes

La ley *Foreign Account Tax Compliance Act*, traducida en el diario oficial de la Federación como “Ley sobre el Cumplimiento Fiscal relativa a Cuentas en el Extranjero”, tuvo su origen en el gobierno del presidente Barack Obama, y es un producto derivado de la llamada *HIRE Act*.¹⁷³

La llamada *Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) Act* (Ley de incentivos de contratación para restaurar el empleo) fue aprobada por el senado estadounidense el 17 de marzo de 2010, con el objetivo de proveer a los empleadores de incentivos fiscales para contratar y retener a nuevos trabajadores, así como para invertir en equipo nuevo. Con el fin de financiar esta ley, el congreso aprobó varias provisiones legales para incrementar el cobro de impuestos y el cumplimiento de disposiciones fiscales, incluyendo

¹⁷³ McGowan John R. y Luh Troy, “The HIRE Act of 2010”, *The Tax Adviser*, E.U.A., 30 de noviembre de 2010, <https://www.thetaxadviser.com/issues/2010/dec/mcgowan-dec10.html>

medidas contra la evasión fuera de Estados Unidos. Aquí es donde vino la nueva obligación para bancos extranjeros de alertar al *IRS* sobre cuentas de estadounidenses, y para obligarlos, habría que firmar acuerdos internacionales con el país en el que los bancos estuvieran ubicados.

3.1. Origen de la ley

La ley *FATCA* fue emitida por el Congreso Estadounidense el 18 de marzo de 2010, la cual requiere a instituciones financieras extranjeras a buscar en sus registros a clientes con indicio de estatus de estadounidense, como el lugar del nacimiento, o por ser considerado residente, para posteriormente reportar sus identidades al Departamento del Tesoro. Además, la ley requiere que estas personas reporten sus bienes en el extranjero al buró conocido como *Financial Crimes Enforcement Network*, perteneciente a la misma agencia gubernamental, enfocada en delitos como lavado de dinero, financiamiento al terrorismo y otros delitos financieros.

Como se establece líneas arriba, *FATCA* en realidad es una porción de la *HIRE Act*, ubicada en el Título V de dicha ley, Subtítulo A, en los artículos 501 a 541, estableciendo la penalidad del pago del 30% por cualquier operación que la institución extranjera no reporte al Departamento del Tesoro. *FATCA* buscaba requerir del pago de impuestos a alrededor de 5.7 millones de ciudadanos estadounidenses en el extranjero.¹⁷⁴ Adicionalmente, *FATCA* se enfoca también en lo que denomina como “US Person”, o Persona Estadounidense, habiendo 3 categorías:¹⁷⁵ Todos los ciudadanos estadounidenses, sean por nacimiento o naturalización; los nacidos en el extranjero de padre o madre ciudadanos; residente para

¹⁷⁴ Federal Voting Assistance Program, *Overseas Citizen Population Analysis*, E.U.A., Vol. 1. Participation and Voting Rates Estimation Prototype, Febrero de 2016, https://www.fvap.gov/uploads/FVAP/Reports/FVAP-OCPA_201609_final.pdf

¹⁷⁵ Aldridge Andrew, “What is a US person for IRS tax purposes?”, *US TAX & Financial Services*, E.U.A., 21 de octubre de 2012, <https://www.ustaxfs.com/what-is-a-us-person-for-irs-tax-purposes/>

impuestos, sujeto al test de presencia sustancial (183 días), y poseedores de tarjeta de residente (green card). Todos ellos son sujetos de retención.

De acuerdo con el sitio web del IRS¹⁷⁶ la sanción por el incumplimiento en reportar activos (forma 8938) es de \$10,000 dólares, y una penalidad adicional de hasta \$50,000 por incumplimiento prolongado si la omisión continúa, así como otra penalidad del 40% del impuesto cuando este se reporta incompleto y se relaciona a los activos no reportados. Como se describió anteriormente, esta obligación es distinta de la de reportar intereses financieros de alguna cuenta en el extranjero cuando se tiene poder de firma sobre ella, en cuyo caso se presenta la forma 114, correspondiente al *FBAR*, (*Report Foreign Bank and Financial Accounts*). Como se estableció en el capítulo precedente, ser “persona estadounidense” en el extranjero es oneroso y por ello las renunciaciones a esa ciudadanía han venido aumentando de manera alarmante.

3.2. Principios de aplicación extraterritorial

En el tema de la aplicación de una ley doméstica de un país en el territorio de otro, como es el caso de este estudio, es relevante determinar los principios de derecho internacional que establecen en qué condiciones esto puede ocurrir.

De acuerdo con la exjueza de la corte internacional de justicia Rosalyn Higgins, existen los siguientes tipos de jurisdicción: territorial, nacional, de protección, de personalidad pasiva y universal.¹⁷⁷

Se define a la jurisdicción territorial como la facultad del estado para darse sus propias leyes y aplicarlas a personas y eventos dentro de su territorio. La jurisdicción nacional se refiere a los casos en los que los

¹⁷⁶ Internal Revenue Service, *Summary of FATCA Reporting for U.S. Taxpayers*, E.U.A., 7 de junio de 2021, <https://www.irs.gov/businesses/corporations/summary-of-fatca-reporting-for-us-taxpayers>

¹⁷⁷ Ruiz Bravo, Hernán de J., “La extraterritorialidad de las leyes internas: algunas cuestiones procesales”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, Número 53, 1998, p. 35.

Estados pueden extender su legislación penal para aplicarla a sus nacionales en el extranjero. La jurisdicción de protección permite a un Estado castigar acciones en el extranjero si atentan contra el interés nacional, como daños a su integridad o soberanía. La jurisdicción pasiva aplica a castigar actos terroristas en el extranjero que han afectado a nacionales del país que pretende ejercer jurisdicción. La jurisdicción universal se refiere a que todos los países están obligados a castigar delitos contra la humanidad, pues los perpetradores son enemigos comunes. En esta última categoría se encuentran la piratería, esclavitud, crímenes de guerra y genocidio.¹⁷⁸

Tal como el principio del sistema legal estadounidense de “presunción contra la extraterritorialidad” (que el mismo país incumple con flagrancia), los anteriores casos de jurisdicción aplican de manera excepcional. Lo común es el primer tipo de jurisdicción, la territorial; las demás aplican sólo de manera especial, y con base en los supuestos descritos.

Otro principio de aplicación extraterritorial sería el de las normas personales. De acuerdo con la teoría de conflicto de leyes del jurista estadounidense Joseph Story,¹⁷⁹ cuando existen actos testamentarios o actos civiles de las personas, la ley del lugar en el que se generaron es la aplicable, aún en el extranjero.

Finalmente, existe el principio de la “autonomía de las partes”.¹⁸⁰ De acuerdo con este, las partes en una relación privada, principalmente de negocios, pero cada vez más en otros aspectos como leyes procesales, son libres de escoger el derecho aplicable al acto jurídico, ya sea un contrato o un procedimiento litigioso. Como ejemplo de ellos, tenemos la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, que regula una

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹⁷⁹ Story, Joseph, “Story’s Commentaries on the Conflict of Laws—One Hundred Years After”, *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, E.U.A., 1934

¹⁸⁰ Lehmann Matthias, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, E.U.A., Vol. 41:381, 2012, <https://www.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Lehmann-author-changes-ARJ-final-supra-check.pdf>

compraventa internacional, pero también el arbitraje comercial internacional, en el que las partes eligen el derecho adjetivo aplicable.

De acuerdo con las teorías de aplicación extraterritorial de una ley doméstica que encontramos en el derecho internacional privado, una ley como *FATCA* se basaría en la jurisdicción nacional, para castigar a los evasores de impuestos estadounidenses, o en la jurisdicción de protección, para castigar actos cometidos en el extranjero que atenten contra el interés nacional, como sería la pérdida económica por la evasión de impuestos. Sin embargo, en ninguno de los dos casos la ley *FATCA* se encuadra con total precisión. Como ejemplo, la teoría de la jurisdicción nacional se forzaría cuando se trata de aplicar a bancos extranjeros con la mencionada sanción del 30%, puesto que no califican como “persona estadounidense”, ni la sanción es penal. Y en relación con la teoría de la “jurisdicción de protección”, la mencionada evasión de impuestos por parte de estadounidenses no encuadra fielmente con “daños a la integridad” o “daños a la soberanía”.

Consecuentemente, las reglas de derecho internacional privado no parecen dar soporte de manera fehaciente a la extraterritorialidad de *FATCA*.

4. Principios del common law sobre obligaciones fiscales extranjeras

4.1. La regla contra la ejecución de rentas extranjeras

Como se ha establecido en capítulos precedentes, Estados Unidos ha seguido tradicionalmente la *Rule against foreign revenue enforcement*, o regla contra la ejecución de rentas extranjeras, durante la mayor parte de su existencia como nación. Esta regla es muy antigua en el common law, tuvo su origen en Inglaterra, y múltiples decisiones de jueces, tanto del Reino Unido como de Estados Unidos después, sostuvieron inequívocamente que sus jurisdicciones no asistirían en el cobro de impuestos extranjeros. Pero esta posición varió de un extremo a otro a lo largo del siglo pasado y principios de este.

A continuación se citan varios ejemplos de sentencias históricas sobre tributación extranjera del common law como derecho vinculatorio, debido a que bajo el sistema jurídico anglosajón la jurisprudencia, o *case law*, es la principal fuente de derecho, a diferencia del sistema *romano-germánico, civilista o continental*.

Con referencia a casos de Inglaterra, entre los principales precedentes de cortes inglesas se encuentra el caso *H. M. The Queen of Holland v. Drukker*¹⁸¹, en el que el juez inglés sostuvo, en 1928: “*The English Courts will not entertain an action by a sovereign foreign State suing in this country on a claim for revenue due from one of its own subjects*”; traducido como: “Las cortes inglesas no admitirán una acción por parte de un estado soberano extranjero en este país, por una demanda de rentas no pagadas por uno de sus súbditos”.

El caso se refería a un ciudadano holandés que había muerto, dejando propiedades en Inglaterra. El gobierno de Holanda presentó una acción legal en ese país, con fundamento en una ley holandesa, la cual establecía que los impuestos por herencias constituían un adeudo que tenía derecho a cobrar. Sin embargo, la posición del juez fue explícita sobre la postura del common law respecto de impuestos extranjeros: “*there is a well recognized rule, which has been enforced for at least two hundred years or thereabouts, under which these Courts will not collect the taxes of foreign states...*”, traducido como: “existe una regla bien reconocida, la cual ha estado en vigor por alrededor de doscientos años, bajo la cual estas cortes no cobrarán los impuestos de estados extranjeros...”.

Un caso aún más antiguo, *Sharp v. Taylor*¹⁸², justificaba que no se ejecutaban leyes fiscales de otro país porque esto tendría un efecto pernicioso en cuanto al comercio internacional. En él, dos ciudadanos

¹⁸¹ [1928] Ch. 877

¹⁸² L. Freeze, John, “Extraterritorial enforcement of foreign revenue laws”, *Washington University Law Review*, E.U.A., vol. 23, issue 3, 1938, p. 4.

británicos habían comprado una embarcación estadounidense, con el fin de utilizarla como transporte de mercancías entre ambas naciones, pero la registraron en ese país por medio de un norteamericano que sirvió de prestanombres. Después de varios viajes, el británico que llevaba la administración del barco se negó a compartir las ganancias con su socio, el cual lo demandó ante cortes inglesas. El primero se defendió argumentando que el contrato carecía de validez, pues el negocio se basó en un fraude ante la jurisdicción de Estados Unidos y, en consecuencia, no había fundamento válido para una demanda. La corte inglesa determinó que no se rehusaría a juzgar sobre los derechos de ambos importadores británicos solo porque en la transacción comercial original se violó la ley de otro país.

En otras palabras, se negaban a aplicar derecho extranjero en su territorio, por la razón citada, hacerlo constituiría un obstáculo al comercio de ese país con el resto del mundo.

En otro caso inglés, del año 1861, *The Emperor of Austria v. Day*¹⁸³, relacionado con ejecución de títulos de crédito en el extranjero, también justificaba la negativa a cumplimentar leyes fiscales de otros países con base en el comercio internacional. En este, el juez determinó:

“Although from the comity of nations, the rule has been to pay respect to the laws of foreign countries, yet for the general benefit of free trade, “revenue laws” have always been the exception; and this may be an example of an exception proving the rule.”

Traducido como:

“A pesar de que, derivado de la cortesía entre naciones, la regla ha sido respetar las leyes de países extranjeros, aún así, por el beneficio general del libre comercio, las “leyes de rentas” siempre han sido la excepción; y esto puede ser un ejemplo de excepción que confirma la regla.”

Uno de los primeros casos del common law en el siglo XX, el cual involucraba a dos estados de ese sistema legal, es la sentencia *Municipal*

¹⁸³ 11 Law Mag. & L. Rev. Quart. J. Juris. 3d ser. 142 (1861)
The Emperor of Austria and King of Hungary, v. Day and Kossuth

*Council of Sidney v. Bull*¹⁸⁴, la cual trataba sobre una contribución municipal de una localidad de Australia, país que trató de reclamar en tribunales ingleses contra un nacional de ese país (Bull), dueño de una propiedad en dicho lugar. El juez inglés se rehusó a dar entrada a dicha demanda, argumentando que:

“...the action is in the nature of an action for a penalty or to recover a tax; it is analogous to an action brought in one country to enforce the revenue laws of another. In such cases it has always been held that an action will not lie outside the confines of the last-mentioned state.”

Traducido como:

“...la acción es de naturaleza penal, o de cobro de impuestos; es análoga a una acción presentada en un país para ejecutar las leyes de rentas de otro. En dichos casos siempre se ha sostenido que una acción no se radicará fuera de los confines del mencionado estado”.

Con relación a casos de Estados Unidos, sus tribunales han aplicado el mismo principio de manera sistemática, en múltiples precedentes. Entre los más notorios se encuentra el caso *Ludlow v. Van Rensselaer*¹⁸⁵, el cual fue el primero que aplicó la *rule against foreign revenue enforcement* por la jurisdicción estadounidense. Este caso trató sobre la ejecución de un pagaré emitido en Francia, pero ejecutable en Nueva York. El emisor del pagaré argumentaba que el mismo era inválido, pues carecía de un sello de acuerdo con leyes fiscales francesas, y por lo tanto no podía ser cobrado, pues era ilegal de origen. Las cortes estadounidenses sostuvieron que el pagaré era cobrable, puesto que ellas no eran ejecutoras de impuestos o gravámenes extranjeros. Adicionalmente, argumentaban que si las partes acordaron ejecutar el pagaré en Nueva York, las leyes francesas eran inaplicables.¹⁸⁶

El caso *Henry v. Sargeant*¹⁸⁷, también estadounidense, se basaba, como el anterior, en la admisión de una demanda en un estado, cuyo origen fiscal se dió en otra jurisdicción de Estados Unidos. De acuerdo con el

¹⁸⁴ “Municipal Council of Sydney v. Bull, (1909) 1 K.B. 7” Moore v. Mitchell, 281 U.S. 18, 19 (1930)

¹⁸⁵ Ludlow v. Van Rensselaer 1 Johns. R. 94 (N.Y. 1806)

¹⁸⁶ L. Freeze, John, op.cit., nota 2, p. 7.

¹⁸⁷ Henry v. Sargeant, 13 N.H. 321 (1843)

demandado, el tribunal de New Hampshire no debía admitir una demanda causada por un arresto fiscal ilegal originado en Vermont, es decir, el caso estaba viciado de origen. El juez determinó que el caso era de otra naturaleza, no fiscal, pues si ese fuera el caso, no admitiría el cobro de impuestos originados en Vermont. El caso trataba, sobre la recuperación de daños económicos derivados del arresto y encierro del contribuyente omiso, pero no de ejecución de impuestos de un estado hermano. La relevancia del caso consiste en que la sentencia concluyó que dos jurisdicciones de Estados Unidos no cobrarían impuestos una de la otra, por no mencionar cobro de impuestos de otras naciones.

En el caso *Holshauser Co. v. Gold Hill Copper Co.*¹⁸⁸, una empresa registrada en Nueva Jersey, pero con operaciones comerciales en Carolina del norte, dejó de pagar impuestos societarios al fisco del primer estado. Posteriormente, la empresa fue demandada por acreedores en Carolina del norte, proceso al que el estado de Nueva Jersey intentó unirse como acreedor preferente, pues su deuda era anterior y era de naturaleza fiscal. La corte de Carolina del norte le rehusó dicha preferencia; es decir, admitió al estado como acreedor, pero no preferente, porque no dio reconocimiento a impuestos de otro estado como superiores al adeudo de acreedores comunes.

Por si los precedentes anteriores no fueran lo suficientemente definitivos respecto a cual ha sido la posición de las cortes del common law sobre cobro de impuestos extranjeros, el caso *State of Colorado v. Harbeck*¹⁸⁹ no dejaba lugar a dudas.

En el caso de referencia, el estado de Colorado presentó una demanda por impago de impuestos de herencia contra el albacea de John H. Harbeck ante cortes de Nueva York, debido a que dicha persona, ciudadano de

¹⁸⁸ *Holshouser v. Copper Co.*, 50 S.E. 650, 138 N.C. 248 (N.C. 1905)

¹⁸⁹ *State of Colorado v. Harbeck*, 232 N.Y. 71, 133 N.E. 357 (N.Y. 1921)

Colorado, murió ahí, y esta última jurisdicción fue la que atrajo el juicio hereditario. El tribunal desechó tal demanda, bajo dos argumentos: bajo la cláusula del debido proceso de la décimo cuarta enmienda constitucional, cuando evasores fiscales no eran residentes de la jurisdicción en la que se buscaba el cobro de impuestos, no se les podía someter a esta última; y adicionalmente, las propiedades y capital de Harbeck no estaban ubicados físicamente en Colorado, por lo que no existía *res* en qué imponer gravámenes, por lo que los tribunales de Nueva York estaban impedidos de ejecutar cobro de impuestos de estados hermanos en esas condiciones. En la sentencia, el juez emitió la siguiente conclusión:

...the attempt to give such a statutory provision extraterritorial effect would conflict with another well settled principle of private international law which precludes one state from acting as a collector of taxes for a sister state and from enforcing its penal or revenue laws as such. The rule is universally recognized that the revenue laws of one state have no force in another.¹⁹⁰

Traducido como:

....el intento de dar a dicha provisión del estatuto efecto extraterritorial entraría en conflicto con otro bien establecido principio de derecho internacional privado, el cual impide a un estado el actuar como recaudador de impuestos de un estado hermano, y de ejecutar sus leyes penales o fiscales en ese sentido. La regla que establece que las leyes de rentas de un estado no tienen fuerza en otro es reconocida universalmente.

En todos los casos descritos, la regla de no ejecución de leyes fiscales extranjeras se ha sostenido por los tribunales del common law. Incluso algunas leyes estadounidenses como la *Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*¹⁹¹ o *Acta Uniforme sobre el Reconocimiento de Sentencias Monetarias Extranjeras*, establece que con limitadas excepciones, todas las resoluciones judiciales extranjeras son vinculatorias entre las partes, pero en la sección 1, párrafo 2, la ley citada limita de manera específica dichas decisiones a todas aquellas que no sean por motivo de impuestos.

¹⁹⁰ L. Freeze, John, op.cit., nota 2, p. 11.

¹⁹¹ Silver, Barbara A., "Modernizing the Revenue Rule: The enforcement of Foreign Tax Judgements", *GA. J. INT'L & COMP. L.*, E.U.A., vol. 22:609, 1992, p. 611.

El paradigma del no reconocimiento a adeudos fiscales de otros países en la jurisdicción doméstica ha sido sostenido por jurisprudencia y costumbre jurídica anglosajona por siglos. Sin embargo, con el acuerdo FATCA, impuesto a la mayoría de los países que tienen relaciones con Estados Unidos, dicho principio ha variado de un extremo a otro, por una teoría totalmente contraria y que obedece a necesidades internas de ese país, no a las de los otros países signatarios.

4.2. *Modificación de la Rule Against Foreign Revenue Enforcement.*

De manera paulatina, Estados Unidos comenzó a variar su tradición jurídica de ignorar impuestos extranjeros a lo largo del período del siglo XX, a través de distintos tratados con países europeos, los primeros de ellos con Dinamarca, Francia, Suecia y Holanda, durante las décadas de 1930 y 1940.

Este giro se dio al establecer los jueces, en precedentes del siglo pasado, que el reconocer o no la ejecución de impuestos extranjeros recaía en el poder legislativo o ejecutivo de los Estados Unidos, no en el judicial.¹⁹² En el caso *Her Majesty, Queen in Right, v. Gilbertson*¹⁹³ llevado a la corte de Oregon, Estados Unidos, por el gobierno de la Columbia Británica, Canadá, contra ciudadanos de su país evasores de impuestos, el tribunal determinó que la *Revenue Rule* podía ser abrogada en un acuerdo entre Estados Unidos y otro país a través de un tratado internacional.

En consecuencia, era a través de tratados internacionales de naturaleza tributaria que debía crearse el mecanismo de reconocimiento de adeudos fiscales extranjeros, colaboración y asistencia en el cobro.

Pero como se ha mencionado, este cambio fue lento, limitando a la asistencia en el cobro a estados que lo solicitaran, pero sin incluir la

¹⁹² Mallinak, Brenda, "The Revenue Rule: A Common Law Doctrine for the Twenty-First Century", *Duke Journal of Comparative & International Law*, E.U.A., vol. 16, number 1, 2006, p. 94.

¹⁹³ *HER MAJESTY, QUEEN IN RIGHT, v. GILBERTSON*, 597 F.2d 1161 (9th Cir. 1979)

obligación de reciprocidad como lo establecen los acuerdos actuales. Todavía a fines del siglo pasado, tanto el senado como el departamento de estado estadounidense mostraban reticencia en ratificar acuerdos que abrogaran por completo la *revenue rule*, y sobre todo, si contemplaban el cobro de impuestos a estadounidenses por estados extranjeros. Lo anterior se puede interpretar como proteccionismo, pero había otras razones de fondo para no entrometerse en asuntos fiscales de otros países, de acuerdo con los jueces estadounidenses.

En primer lugar, como se estableció en el caso *Moore v. Mitchell*¹⁹⁴, una corte estadounidense no era la entidad de gobierno apropiada para revisar los códigos fiscales de otros estados. Y segundo, el principio de cooperación judicial internacional de la *cortesía*. Si se le sometiera un caso de leyes fiscales extranjeras, el juez se vería en la necesidad de declarar la validez o no de un código extranjero, y correr el riesgo de declarar las leyes fiscales del otro país como inaplicables o inejecutables en su jurisdicción, violando dicho principio, que obliga a dar credibilidad y validez a leyes extranjeras con el fin de que sean reconocidas las propias.

Un aspecto interesante del giro de ciento ochenta grados en la política estadounidense de no ejecutar ni asistir en el cobro de deudas fiscales extranjeras tuvo que ver con actividades delictivas de sus propios ciudadanos. Derivado de la prohibición al comercio de licores de la primera mitad del siglo veinte, los contrabandistas estadounidenses utilizaban exitosamente la *Revenue Rule* como defensa para no ser juzgados por tribunales de estados hermanos, debido a que sus delitos incluían evasión de impuestos, y esta era una forma eficaz de procesarlos, pero con dicha regla era imposible hacerlo. Esta situación provocó que las cortes replantearan la viabilidad de mantener la doctrina de manera estricta.

¹⁹⁴ *Moore v. Mitchell*, 281 U.S. 18, 50 S. Ct. 175 (1930)

Más recientemente, y durante la segunda mitad del siglo pasado, ciudadanos estadounidenses demandados en asuntos civiles y penales por violaciones a la ley antilavado *RICO*¹⁹⁵ también invocaban la *Revenue Rule* como un impedimento para ser juzgados en otros estados, y esto llevo a los jueces estadounidenses a abrir el debate sobre hacer excepciones a la aplicación de la regla.

Siguiendo con el crimen organizado, otra conducta antijurídica castigada en Estados Unidos, denominada *wire/mail fraud*¹⁹⁶, consistente en la comisión del delito de fraude a través de comunicaciones electrónicas o por correo tradicional, y por esa vía, cruzar automáticamente las fronteras interestatales o internacionales convirtiéndolo en delito federal, trajo consigo nuevamente el análisis a fondo de la *Revenue Rule*. Un caso fue el parteaguas del replanteamiento de la regla.

En un precedente más reciente de este nuevo siglo, *Pasquantino v. United States*¹⁹⁷, tres individuos, Carl J. Pasquantino, David B. Pasquantino y Arthur Hills, llevaron a cabo un esquema de fraude, por medio del cual intentaron introducir grandes cantidades de licor desde Estados Unidos a territorio de Canadá cruzando reservaciones indias, cometiendo el delito de contrabando, con el fin de evadir los altos impuestos a las bebidas alcohólicas en dicho país.

Fueron convictos por violar el estatuto 18 U.S. Code § 1343, (wire fraud), debido a que en la perpetración del delito utilizaron medios de comunicación electrónicos cruzando fronteras. La corte de apelación desechaba los argumentos de su defensa consistentes en que no se les podía procesar, pues hacerlo contravenía la *Revenue Rule* del common law.¹⁹⁸ En

¹⁹⁵ La *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* o la ley RICO, derivada de la ley contra el crimen organizado de 1970, ataca sus estructuras societarias y financieras, y en particular, el lavado de dinero.

¹⁹⁶ 18 U.S. Code § 1343.

¹⁹⁷ 544 U.S. 349

¹⁹⁸ “Pasquantino v. United States - 544 U.S. 349, 125 S. Ct. 1766 (2005)”, Law School Case Brief, Lexis Nexis,

otras palabras, en este caso la corte estadounidense decidió castigar la evasión de impuestos extranjeros (los altos impuestos al alcohol de Canadá), en contraposición a una larga tradición basada en costumbre jurídica y jurisprudencia, la de no ejecución ni cobro de contribuciones de otros países.

Es notorio mencionar que en la aplicación actual de *FATCA*, como se ha mencionado en capítulos precedentes, el *IRS* equipara su incumplimiento con actividades delictivas graves, como el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo. Es decir, la modificación de la *Revenue Rule* tuvo un origen en la comisión de delitos federales, y la aplicación y justificación de *FATCA* se basa parcialmente en ese mismo fundamento.

Existen otras razones que han motivado la conversión de la *Revenue Rule*, y consisten en el impacto que ignorar cobro de impuestos extranjeros tiene en las pérdidas fiscales de los países en desarrollo y, paradójicamente, la protección que el gobierno federal estadounidense otorga a los capitales de origen extranjero depositados en bancos en su territorio, pero que con la aplicación de la regla hace imposible acceder a ellos cuando provienen de la evasión fiscal.

De acuerdo con el académico estadounidense Samuel D. Brunson¹⁹⁹, en el año 2011, alrededor de \$240 millones de dólares provenientes de Latinoamérica estaban resguardados en instituciones financieras de E.U.A., principalmente en Nueva York y Miami. No sólo eso, sino que en el año 2009 ese país se encontraba entre los principales destinos de dinero extranjero, con alrededor de \$2.2 billones de dólares en depósitos en E.U.A.

De modo controversial y derivado de lo anterior y otros hechos, ese país se ha estado convirtiendo en un refugio fiscal también, contribuyendo

<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-pasquantino-v-united-states>

¹⁹⁹ Brunson, Samuel D, "The U.S. as Tax Haven? Aiding Developing Countries by Revoking the Revenue Rule", *COLUMBIA JOURNAL OF TAX LAW*, E.U.A., vol. 5, no. 2, 2014.

a la abrogación de la *Revenue Rule*. Como ejemplo, esa jurisdicción exenta a personas físicas y jurídicas extranjeras de impuestos sobre los intereses que generan sus cuentas en bancos norteamericanos, situación que no aplica a los propios estadounidenses. Un trato igual de beneficioso aplica al extranjero que invierte en valores en ese país.

Al igual que los países catalogados como paraísos fiscales tradicionales (Panamá, Islas Caimán, Chipre, etc), la autoridad fiscal estadounidense no está obligada a divulgar información tributaria a gobiernos extranjeros, excepción hecha si existen acuerdos de colaboración, como *FATCA*. Pero como se ha establecido con anterioridad, varios países que desafían a Estados Unidos económica y militarmente, como Rusia y China, no son parte de dicho acuerdo y en consecuencia, inversionistas de esos países son dueños de cuentas multimillonarias en E.U.A.

Por si lo anterior no fuera suficiente, tanto el Reino Unido como Estados Unidos, terminan como destinatarios finales del dinero proveniente de los paraísos fiscales mencionados. En relación con Rusia, de acuerdo con estimaciones sólidas, tiene el volumen más grande de dinero ilegítimo escondido en el extranjero, por alrededor de \$1 billón de dólares²⁰⁰, de los cuales al menos un cuarto es controlado por Vladimir Putin.

El flujo del dinero ilícito sale de Rusia y pasa por Chipre, por acuerdos de doble tributación favorables entre ambos países. En este país se registran empresas fantasma que a su vez exportan el capital a otros destinos, principalmente a las Islas Vírgenes e Islas Caimán, siendo creadas en cada país más entidades ficticias. Y de ahí, el dinero se mueve a Estados Unidos, principalmente a Delaware, por sus laxas reglas impositivas, así como al

²⁰⁰ Aslund, Anders y Friedlander, Julia, “Defending the United States against Russian Dark Money”, *Atlantic Council*, E.U.A, 17 de noviembre de 2020, <https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/defending-the-united-states-against-russian-dark-money/>

Reino Unido, países ambos con los mercados financieros más importantes del mundo.

Con relación al capital Chino en Estados Unidos, su autoridad fiscal enfrenta un fenómeno de distinta naturaleza, principalmente debido al alto número de compañías chinas que operan en su bolsa de valores que no se someten a las prácticas contables estadounidenses y por tanto son difíciles de rastrear. De acuerdo con la agencia gubernamental estadounidense U.S.-China Economic and Security Review Commission²⁰¹, en los tres principales mercados accionarios estadounidenses, NASDAQ, New York Stock Exchange y NYSE American, existen, al 2 de octubre de 2020, 217 compañías chinas, con un capital total de \$2.2 billones de dólares.

Muchas de ellas son empresas estatales, y los órganos reguladores estadounidenses se encuentran impedidos de auditarlas, puesto que el gobierno chino les prohíbe expresamente compartir ningún tipo de información financiera, a pesar de las amplias facultades fiscalizadoras de la Securities and Exchange Commission (SEC). Además de lo anterior, el gobierno chino prohíbe inversión extranjera directa china en ciertas industrias, y en este caso las empresas chinas, como las rusas, utilizan empresas fantasma incorporadas en refugios fiscales para evitar las prohibiciones de su gobierno, invirtiendo desde ahí hacia el mercado estadounidense. Como resultado, los accionistas comunes de esas empresas (las aperturadas en paraísos) no podrían presentar recursos legales contra ellas, pues su estatus societario es indefinido, por no mencionar que el gobierno chino las puede embargar o disolver, dejando a inversionistas externos totalmente expuestos.

Otra situación alarmante para el gobierno estadounidense consiste en el hecho de que algunas de las empresas chinas, las del sector tecnológico,

²⁰¹ U.S.-China Economic and Security Review Commission, “*Chinese Companies Listed on Major U.S. Stock Exchanges*”, E.U.A., 2 de octubre de 2020, <https://www.uscc.gov/research/chinese-companies-listed-major-us-stock-exchanges>

son utilizadas por su gobierno para censurar a su población y para llevar a cabo actividades de vigilancia. De hecho existen leyes chinas de inteligencia y ciberseguridad que directamente obligan a personas físicas y jurídicas a colaborar con el estado en trabajo de inteligencia, proveyendo apoyo humano y técnico. En el documento del Partido Comunista Chino “*Opinion on Strengthening the United Front of the Private Economy in the New Era*”²⁰² se establece que el partido ejerce liderazgo directo sobre la economía privada, existiendo una comunicación fluida y directa entre el gobierno y las empresas y cámaras de comercio chinas. En otras palabras, sus corporaciones no son libres, y son de alguna forma agentes de su gobierno.

Es por las razones anteriores, de índole compleja, que la antigua *Revenue Rule* está siendo superada, en realidad por dejar de convenir a los intereses fiscales de Estados Unidos, por no ser adecuada a la realidad global actual e incluso porque sostenerla a cabalidad puede tener efectos contraproducentes, como se deriva de las situaciones descritas.

II. EFECTOS EN LA SOBERANÍA DE LOS PAÍSES DE LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY FATCA

Originalmente, el concepto de soberanía proviene del tratado de Westphalia de 1648. De acuerdo con el mismo, la soberanía se asociaba con cuatro características principales:²⁰³ Primero, un estado soberano posee autoridad política suprema y monopolio sobre el uso legítimo de la fuerza dentro de su territorio. Segundo, es capaz de regular el movimiento a través de sus fronteras. Tercero, puede ejercer sus opciones de política exterior libremente. Cuarto, es reconocido por otros gobiernos como una entidad independiente con derecho a tener libertad contra intervenciones externas.

²⁰² Huaxia, “CPC issues guidelines for strengthening united front work involving private sector”, *Xinhuanet*, Beijing, 15 de septiembre de 2020, http://www.xinhuanet.com/english/2020-09/15/c_139370791.htm

²⁰³ Jackson, John H., “Sovereignty – Modern: A New Approach to an Outdated Concept”, 97 *Am. J. Int’l. E.U.A.*, 782-802, 2003.

Esos principios, puede argumentarse, han traído orden mundial, pues han establecido límites a intervenciones externas, han creado bases para la celebración de tratados y la creación de organizaciones internacionales, así como han brindado la estructura necesaria para que surjan gobiernos representativos y economías emergentes.

En la actualidad, el concepto anterior ha dejado de ser aplicable en esos términos por varias razones, incluyendo los flujos de comercio, capitales y personas a través de fronteras, la necesaria cooperación judicial, la dependencia en recursos naturales o energéticos entre los países, por mencionar algunos. Además de lo anterior, existe el diferencial económico, militar, comercial, de influencia y de recursos que tienen los distintos países, haciendo que exista dependencia de unos con otros y modificando el concepto tradicional de soberanía.

En relación con la definición clásica, el jurista José Barragán Barragán,²⁰⁴ establece: “la soberanía en grado superior de igualdad es aquel poder supremo que tiene un Estado hacia su interior frente al mismo poder supremo que se reconoce a otros Estados. Mientras que la soberanía en grado superior absoluto sería aquel poder supremo que un Estado, por diversas razones, impone a otros Estados.”

El mismo autor nos da la definición de soberanía desde el derecho de gentes, la cual implica “...la capacidad que tiene dicho pueblo para autogobernarse con libertad y con independencia, es decir, sin intromisión de alguna otra comunidad o pueblo...”. Como es de notarse, si una de las características de la soberanía es la facultad del pueblo para otorgarse sus propias leyes, el acuerdo FATCA incumple con este principio básico, puesto que es el congreso mexicano el que emite leyes en representación del pueblo, y la ley objeto de estudio se ha vuelto vinculante, sin tener que pasar por el congreso.

²⁰⁴ Barragán Barragán, José, “Conceptos mínimos sobre la soberanía”, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/20.pdf>

Si bien el moderno concepto de soberanía es más flexible que lo establecido por los teóricos como Rousseau y Kelsen, debido a temas compartidos entre naciones como protección al medio ambiente, comercio de intangibles, asilo político y refugiados, derecho penal internacional, por mencionar algunos, el acuerdo *FATCA* trata sobre la intromisión de las leyes de un país en la jurisdicción de otro con el único fin de beneficiar los intereses económicos del primero, puesto que, como se mencionó con anterioridad, el *IRS* carece hasta ahora de la capacidad para compartir información de extranjeros en Estados Unidos con sus pares internacionales (el SAT en este caso).

En materia de derecho tributario internacional, la soberanía fiscal comprende²⁰⁵:

- 1) *La exclusividad del derecho que tiene cada Estado a ejercer la potestad tributaria dentro de su territorio;*
- 2) *La limitación exterior al ejercicio de su potestad tributaria fuera de sus fronteras; y*
- 3) *El posible reconocimiento de la repercusión fiscal de un hecho o acto jurídico ocurrido en otro Estado extranjero dentro del territorio del Estado nacional*

Es entonces potestad tributaria del estado el cobro de tributos. Esto se sostiene en nuestro numeral 72 apartado H de la constitución, la cual establece a la letra:

La formación de leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos,...todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.

Lo anterior se relaciona con el 73 fracción VII y XIX, facultades de la cámara de diputados (representantes del pueblo, para aplicar el concepto

²⁰⁵ Gutiérrez Gutiérrez, Angélica, “*La soberanía fiscal, la potestad tributaria y los convenios para evitar la doble imposición*”, Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, España, 2014, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4730438.pdf>

de soberanía) para imponer contribuciones. *FATCA* está relacionado con el cobro y ejecución de contribuciones extranjeras en territorio mexicano, razón suficiente para haber sometido dicho acuerdo al voto de la Cámara de Diputados, lo cual no ocurrió por la naturaleza jurídica del mismo, tema de estudio de capítulos subsiguientes.

Para analizar el concepto de soberanía a la luz del derecho internacional tributario, es relevante establecer la relación existente entre este y el derecho doméstico. Se refiere el “derecho internacional tributario” al conformado por normas internacionales que surgen de la interacción y regulación del ejercicio del poder tributario de los Estados, en cuanto a la imposición de actividades desarrolladas entre personas físicas o jurídicas ubicadas en distintas jurisdicciones. Por otra parte, existe un “derecho tributario internacional”, ordenamiento jurídico de origen nacional que regula las relaciones del Estado con el extranjero.²⁰⁶ En otras palabras, el primero se rige por principios de derecho internacional público (los sujetos son estados), mientras que el segundo, se rige en parte por principios de derecho internacional privado (*lex fori*, o el derecho doméstico aplicado a la situación jurídica que ocurra dentro del territorio del estado).

El derecho internacional tributario pertenece a la rama del derecho internacional financiero, puesto que al final trata sobre flujos económicos cruzando fronteras. Estrictamente hablando, el internacional tributario condiciona al tributario internacional, mediante la ratificación y entrada en vigor de acuerdos internacionales, convirtiéndolos en vinculantes en el territorio geográfico del estado aceptante, y en nuestro caso, con jerarquía constitucional, tal como lo establece el numeral 133 de la carta magna.

La soberanía tributaria tiene dos concepciones; por un lado, poder impositivo preeminente sobre cualquier otro poder, y que se desenvuelve dentro del ámbito territorial del estado; y por otro, soberanía como independencia del estado, desenvolviéndose en el ámbito de la comunidad

²⁰⁶ López Espadafor, Carlos María, “Recorrido transnacional de la soberanía tributaria”, *Cuadernos de derecho transnacional*, España, Vol. 10, N° 1, 2018, pp. 306-330.

internacional, en la que existen otros Estados soberanos, con poder impositivo también. Internamente entonces, la soberanía fiscal se aplica del sujeto activo (la administración) al sujeto pasivo (los gobernados), mientras que, a nivel internacional, la soberanía implica varios poderes impositivos soberanos actuando como pares (iguales), pero por esta misma razón, uno no podría imponerse a otro.

En este sentido, puede darse un choque de soberanías cuando dos de ellas son titulares de derechos sobre la misma riqueza; es el caso de una multinacional con operaciones mercantiles en varias naciones, las cuales tienen el mismo ejercicio de soberanía fiscal sobre los ingresos generados. El derecho internacional, por medio de los tratados internacionales, coordina dicha recaudación, con el fin de que el objeto del ingreso no sea injustamente gravado (dos veces, por dos soberanías fiscales)²⁰⁷ y que exista una coordinación entre ambas soberanías.

Otro objetivo del derecho internacional tributario es emitir medidas antielusión con el fin de atacar prácticas de planificación fiscal agresiva.²⁰⁸ Es una realidad que el llamado capitalismo salvaje, por el cual empresas e individuos buscan el lucro a costa de sacrificar derechos humanos, sobornar autoridades, provocar daño al medio ambiente, emplear menores de edad y otros abusos, es causa de elusión y evasión fiscales que causan menoscabo a la recaudación de las jurisdicciones fiscales. Por esta razón, otro objetivo del derecho internacional tributario es crear una red de colaboración entre autoridades recaudatorias con el fin de terminar con esas malas prácticas que merman sus ingresos, como se estableció en páginas

²⁰⁷ Mendoza López, Doris Teresita, “La lucha del derecho internacional tributario contra la planeación fiscal agresiva”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, México, vol. XVI, 2016, p. 7.

²⁰⁸ Se define como planeación fiscal agresiva como: “...aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda fiscal. La planificación fiscal agresiva puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias cabe señalar las deducciones dobles (p.e. se deduce la misma pérdida tanto en el Estado de origen como en el de residencia) y la doble no imposición (p.e., la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)”; García Prats, Alfredo, “Retos de la fiscalidad internacional en la etapa post-BEPS”, *Cuestiones actuales de planeación fiscal internacional*, Málaga, 2017.

anteriores sobre las pérdidas recaudatorias millonarias que enfrentan las naciones. A ello se orientan los acuerdos *BEPS* en el seno de la OCDE referidos con anterioridad, el punto de interés es hasta donde pueden y deben ceder en soberanía los estados, especialmente si no van a recibir beneficios en reciprocidad por dicha cooperación.

Uno de los principios del derecho internacional público es el consentimiento. Ningún estado se obliga por el derecho internacional si no es por la aceptación expresa, a menos que se trate de algún principio de *jus cogens*. El estado debe consentir la regla internacional, ya sea en un tratado o por el reconocimiento de una costumbre internacional.²⁰⁹ Pero esta aceptación debe ser otorgada de manera libre, ese es el principio de la soberanía. Si un estado castiga a las personas jurídicas ubicadas en otro en caso de no cooperar con sus leyes internas, el principio de soberanía se rompe, pues se ejerce presión indirecta sobre el segundo estado. Esa sería una vulnerabilidad del acuerdo *FATCA*; esto es, fuerza la aceptación indirectamente.

1. *FATCA y su aplicación en otros países.*

Conviene analizar y comparar como ha sido la experiencia del acuerdo *FATCA* en otras jurisdicciones. Como se ha establecido, este ha sido negociado y puesto en marcha no solo con México, sino con varias naciones más, el objetivo original era gravar estadounidenses dondequiera se encontraran en la tierra. Ocurre, sin embargo, ya sea por casualidad o por razones demográficas, de cercanía o históricas, que en la diáspora estadounidense, nuestro país ocupa el primer lugar, con alrededor de 1,000,000 de sus ciudadanos viviendo entre nosotros de manera permanente.²¹⁰

²⁰⁹ Brand, Ronald A, "External Sovereignty and International Law", *Fordham International Law Journal*, E.U.A., vol. 18, número 5, 1994, p. 1685.

²¹⁰ Smith, Claire M., "These are our Numbers: Civilian Americans Overseas and Voter Turnout", *OVF Research Newsletter*, E.U.A., vol. 2, issue 4, 2010, p. 6.

De acuerdo con datos del gobierno estadounidense, en 2016 el acuerdo *FATCA* se encontraba en vigor con alrededor de 87 naciones, de un total de 113 jurisdicciones²¹¹. Con el resto se encontraba en distintas etapas de cumplimiento.

1.1. *FATCA E.U.A.-Reino Unido*

Reportes del año 2016²¹² detallan que el *FATCA* con el Reino Unido, principal aliado estadounidense, entro en vigor el 31 de marzo de 2014. Sin embargo, debido a que ese país también ha ratificado la convención sobre asistencia administrativa mutua en asuntos fiscales de la OCDE (Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters), el *FATCA* con E.U.A. se volverá obsoleto y el Reino Unido implementará el referido mecanismo *Common Reporting Standard* de la OCDE.

1.2. *FATCA E.U.A.-Alemania.*

En cuanto a la aplicación del acuerdo con el tercer país con más estadounidenses en su territorio después de México, y cuarta economía mundial, su resultado es notorio. La obligación para los bancos alemanes es la misma que en el resto de los países signatarios, pero de acuerdo con reportes de ese país, los bancos alemanes se muestran muy poco comprometidos con *FATCA*, negándose en muchas ocasiones a abrir cuentas a estadounidenses para evadir al *IRS*. Aunado a esto, nadie puede ser tratado en desventaja de acuerdo con el derecho alemán, por lo que esto abre la puerta a impugnaciones constitucionales contra *FATCA* en ese país. En referencia a los ciudadanos con doble nacionalidad, estos optan por

²¹¹ U.S. Department of Treasury, *Foreign Account Tax Compliance Act*, 2019, <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/pages/fatca.aspx>

²¹² Pinsent Masons, “UK *FATCA*’ - the disclosure to HMRC of information about reportable accounts held by UK taxpayers in the Crown Dependencies and Overseas Territories”, *out-law / your daily need-to-know*, Reino Unido, 1 de abril de 2016, <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/uk-fatca---the-disclosure-to-hmrc-of-information-about-reportable-accounts-held-by-uk-taxpayers-in-the-crown-dependencies-and-overseas-territories>

reportar únicamente su nacionalidad alemana al banco, pues en las solicitudes de apertura de cuenta solo pueden elegir una opción. Adicionalmente, en octubre de 2020, ciudadanos alemanes solicitaron a su parlamento poner en revisión la cooperación con E.UA. vía *FATCA*, por la forma en que vulnera los derechos de alemanes-estadounidenses, y en particular, adoptar la resolución del parlamento europeo de 2018 que estableció la renegociación, en distintos términos, del acuerdo con Estados Unidos.²¹³

1.3 *FATCA E.UA.-Francia.*

El pasado 22 de abril de 2018, abogados estadounidenses presentaron una queja ante autoridades regulatorias francesas por el acoso que el banco BNP Paribas practicaba contra expatriados estadounidenses en ese país. De acuerdo con esta demanda, el Banco en cuestión bloqueaba las cuentas de estos expatriados sin fundamento legal alguno. Aunado a esto, la queja también se refiere a que las autoridades hacendarias francesas han divulgado al IRS, al menos desde 1998, información personal de clientes de bancos en Francia sin pedir su autorización. Este es un ejemplo de los excesos de las autoridades al cumplimentar *FATCA*, así como la violación a las garantías de seguridad jurídica de los ciudadanos en cuestión, al divulgar a terceros datos personales sin su previo consentimiento o a privarlos de sus activos de manera discriminatoria.²¹⁴ Otra importante reclamación legal contra *FATCA* ha sido implementada por la ONG francesa *Accidental Americans Association*, contra el Departamento de Estado de E.UA., en particular contra la imposición del pago de derechos por \$2,350

²¹³ Burggraf, Helen, "FATCA petition in Germany, as 'accidentals' and others reported to struggle with banks there too", *American Expat Financial News Journal*, Reino Unido, 8 de octubre de 2020, <https://americanexpatfinance.com/news/item/536-fatca-petition-germany-as-accidentals-struggling-there-too>

²¹⁴ The Association of Americans Resident Overseas, *A FATCA Compliant Filed Against BNP Paribas Bank in France*, 27 de abril de 2018, <https://www.aaro.org/issues/fatca/657-a-fatca-complaint-filed-against-bnp-paribas-bank>

dólares estadounidenses, por la renuncia a la ciudadanía de ese país. Los reclamantes argumentan que este pago es violatorio de diversas leyes norteamericanas, incluyendo su constitución. El costo de la renuncia fue incrementado por el gobierno estadounidense de \$450 en el año 2015, a su costo actual, esto es, un incremento del 422%.²¹⁵

1.4 FATCA E.U.A.-China.

Con alrededor de 100,000 estadounidenses radicando en China, el gobierno norteamericano estaría particularmente interesado en lograr un acuerdo vinculante con ese país y fiscalizar a esta porción de “US persons”. Pero ocurre que al día de hoy, estos países no han formalizado el acuerdo, solo han establecido negociaciones, a iniciativa de Estados Unidos, por supuesto. Este hecho demuestra que en relaciones internacionales, la posición económica y geopolítica de las naciones es factor de peso en sus acuerdos. Con un billón de dólares en deuda a favor de China, el principal acreedor externo de Estados Unidos, este país tiene poco “leverage” o *apalancamiento* para presionar al primero a firmar FATCA, debido a que E.U. necesita de la inversión extranjera China en su territorio²¹⁶, y no puede darse el lujo de castigarla. China no es un país cooperador con FATCA hoy en día, ni es una de sus prioridades.

1.5 FATCA E.U.A.-Rusia

De acuerdo con un reporte de 2012, alrededor de 30,000 estadounidenses radicaban en Rusia de manera permanente, la mayoría en Moscú y en San Petersburgo.²¹⁷ Las razones principales eran variadas,

²¹⁵ Burggraf, Helen, “Accidental Americans Ass'n hits renunciation fee lawsuit crowdfunding target”, *American Expat Financial News Journal*, Reino Unido, 7 de septiembre de 2020, <https://americanexpatfinance.com/news/item/515-accidental-americans-assn-hits-renunciation-fee-lawsuit-crowdfunding-target>

²¹⁶ Green, Shawn, “China’s Relationship with the Contentious U.S. FATCA”, *China Briefing*, Hong Kong, 5 de febrero de 2014, <https://www.china-briefing.com/news/china-and-the-u-s-foreign-account-tax-compliance-act/>

²¹⁷ Bertrand, Eva, “US citizens moving to Russia – interview”, *The voice of Russia*, Rusia, 20 de diciembre de 2012,

incluyendo la cultura, empleo, educación, etc. Tanto Rusia como China son una amenaza para la viabilidad de *FATCA*. Esto se debe a que el acuerdo es el mismo para todos los países involucrados, pero estos últimos, y Rusia en particular, lo ha desafiado de manera directa, estableciendo que es ilegal en su país, y es violatorio del derecho internacional.²¹⁸ Su primer ministro ha declarado que las instituciones financieras de Rusia violarían leyes locales sobre secrecía financiera y privacidad de datos si aceptan el acuerdo. Su banco central también ha emitido declaraciones en las que ha establecido que *FATCA* socava el principio de igualdad entre estados soberanos. En resumen, Rusia no es un país cooperador con *FATCA* y su posición es aún más extrema que la de China, pues ni siquiera lo ha abierto a negociación. Una vez más, se trata del poder negociador y del tamaño de los estados involucrados en el derecho internacional, no de acuerdos, soberanía, consentimiento, *pacta sunt servanda* y otros principios regidores del derecho internacional público, sino del concepto de “*real politik*”²¹⁹ el cual muestra todo su peso en estos casos.

Los casos citados del acuerdo o no acuerdo con otras jurisdicciones muestran que el nivel de cumplimiento con *FATCA* es muy variado, que el programa es muy ambicioso y requerirá una inversión sustancial en tiempo y dinero para lograr su efectividad, tanto de Estados Unidos como de los estados que se comprometan a apoyarlo. Asimismo, cabe mencionar la carga que *FATCA* representa para estos, pues la mayoría de los estados muestran variados niveles de evasión por parte de sus propios ciudadanos, y ahora también tendrán que requerir a los estadounidenses. También concluimos que el *CRS* bajo el acuerdo global de la OCDE reemplazará las obligaciones

https://web.archive.org/web/20171106134706/https://sputniknews.com/voiceofrussia/2012_12_20/US-citizens-moving-to-Russia-interview/

²¹⁸ Smith, Lisa, “*FATCA Hits The Buffers In Russia*”, *iExpats*, 14 de marzo de 2013, <https://www.iexpats.com/fatca-hits-the-buffers-in-russia/>

²¹⁹ El concepto *Real Politik* fue acuñado por el canciller alemán Otto Von Bismarck en el siglo XIX y se basa en realismo filosófico y el pragmatismo. Hoy día, la *diplomacia real* rige las relaciones modernas entre estados, fuera de los principios de derecho internacional público.

de *FATCA* en limitados casos (Reino Unido). En relación con otros países hermanos de Latinoamérica, los resultados son contrastantes. Mientras que varios de ellos muestran un compromiso total con las autoridades estadounidenses (casos de Colombia, Panamá, Chile, Costa Rica) en muchos otros casos, el compromiso, cumplimiento o simple intención parece ser inexistente.

No existe acuerdo con Argentina, Bolivia, Uruguay, Guatemala, Ecuador y por supuesto Venezuela. Lo anterior puede obedecer, de manera obvia, al estado de la relación de estos países con Estados Unidos, al número de estadounidenses en esas naciones, y en general al grado de cooperación existente entre los estados mencionados.

En general, Estados Unidos provee anualmente dinero de su presupuesto para el desarrollo en otros países. Esta práctica tiene décadas, y su fin es, tanto asistir de manera efectiva a los otros países, como extender su influencia y dependencia de estos para con E.U. Como es de esperarse, los países que más dinero reciben de este país en “*foreign assistance*”²²⁰ son los más comprometidos con *FATCA* y en general con cuanta cooperación estadounidense se les requiera. En orden jerárquico de asistencia financiera recibida, se encuentran Colombia, Haití, México y Guatemala en los primeros sitios. En cuanto a los últimos se encuentran Argentina, Bahamas, Belice y por supuesto varios de los mencionados líneas atrás no reciben nada o no se les envía a sus gobiernos, sino a sus grupos disidentes (Bolivia, Cuba, Ecuador, Venezuela) y en consecuencia la colaboración oficial con *FATCA* es nula.

²²⁰ Meyer, Peter J., “U.S. Foreign Assistance to Latin America and the Caribbean: FY2018 Appropriations”, *Congressional Research Service*, E.U.A., 9 de mayo de 2018, p. 6., <https://fas.org/sgp/crs/row/R45089.pdf>

CAPÍTULO TERCERO: CONSTITUCIONALIDAD DEL ACUERDO FATCA Y RECEPCIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

I. CONSTITUCIONALIDAD DEL ACUERDO FATCA BAJO EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

El acuerdo *FATCA* entró en vigor el 21 de agosto de 2014 cuando fue publicado en el Diario Oficial de la Federación. Debido a la naturaleza sensible de los temas que regula, como actos de molestia regulados por el artículo 16 constitucional, potencial trato discriminatorio a estadounidenses por parte de las instituciones financieras, remoción del secreto bancario, amenaza a la confidencialidad de datos personales de *US persons*, cobro coactivo de créditos fiscales extranjeros, entre otros, el acuerdo debió ser analizado y ratificado por el senado mexicano. Por el contrario, la forma legal que adoptó, como *acuerdo interinstitucional*, permitió que el mismo fuera negociado prácticamente en secrecía, sin pasar por el congreso mexicano, sin ser publicado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, adoptado de una manera particularmente rápida y, finalmente, sin cumplir siquiera con lo establecido por el Código Fiscal de la Federación en acuerdos de esa naturaleza.

Similar a la legislación estadounidense, que en el artículo 1, sección 8 constitucionales se establece la facultad del congreso “*to lay and collect taxes...(para fijar y cobrar impuestos)*”²²¹, la constitución mexicana también otorga dicha facultad al congreso, en el citado artículo 73 fracciones VII y XXIX; como también establece la facultad particular del senado de “*Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.*”²²² Si bien este artículo no se

²²¹ U.S. Const, art. I, § 8.

²²² Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 76 F. I.

refiere a acuerdos fiscales internacionales, si lo hace respecto a la política exterior, por lo que el acuerdo *FATCA* cae dentro de su competencia, pero el senado mexicano jugó un rol inexistente en ese rubro, agregando a la violación sistemática a la carta magna.

Es notorio mencionar que desde que inició la colaboración fiscal entre México y Estados Unidos, la colaboración fiscal siempre ha sido, de manera tradicional, a través de tratados internacionales ratificados por el congreso, desde el Convenio México-Estados Unidos para evitar la doble tributación de 1992, hasta acuerdos con muchas otras naciones, incluyendo acuerdos con países como Costa Rica, Bermudas, Bahamas, y la Unión Europea, por citar algunos, han sido en esa forma.

La naturaleza jurídica de *FATCA* como acuerdo no ratificado por los congresos carece de solidez tanto en el sistema legal estadounidense como en el mexicano, por una multiplicidad de razones.

Establece Gerardo Guerrero Gómez²²³, cónsul titular en el consulado de México en Saint Paul, Estados Unidos, que los tratados son “aquellos instrumentos que cumplen con cualquiera de las siguientes características: que la materia del tratado se encuentre regulada por el artículo 73 de la CPEUM; que involucre a la nación como un todo y, por lo tanto, su aplicación tenga lugar en todo el territorio nacional; que afecte la esfera jurídica de los particulares; que amplíe o modifique la legislación existente...”.

Como se puede apreciar, *FATCA* cumple a cabalidad con todos los elementos citados que caracterizan a los tratados ratificados por el congreso, y como lo establece el citado cónsul, es la práctica de cada país la que lo

²²³ Guerrero Gómez, Gerardo, “Derecho y práctica en materia de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos en México y Estados Unidos”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, núm. 109, enero-abril de 2017, p. 4.

determina, siendo la práctica mexicana en el sentido de regular la cooperación fiscal internacional vía tratados ratificados por el congreso.

1. El acuerdo FATCA bajo el derecho estadounidense

Por el lado de la legislación estadounidense, *FATCA* carece también de soporte jurídico constitucional, o su fundamento legal es aún más ambiguo, en el mejor de los casos.

Para definirlo, conviene primero especificar que es un “executive agreement” en dicho sistema jurídico. El fundamento legal sobre su definición, así como la de un tratado aprobado por el senado se encuentra en el documento denominado *Foreign affairs manual*²²⁴, el cual define al tratado o *treaty*, de la siguiente manera: *International agreements (regardless of their title, designation, or form) whose entry into force with respect to the United States takes place only after the Senate has given its advice and consent are treaties...* traducido como: “...acuerdos internacionales, (sin importar su título, designación o forma) cuya entrada en vigor en relación con Estados Unidos ocurre únicamente después de que el Senado ha provisto su recomendación y consentimiento, son ‘tratados’”...

Por oposición, el mismo ordenamiento define a los acuerdos internacionales como todos aquellos que no caen en la primera categoría. Sin embargo, es relevante mencionar que el bajo el subtítulo 11 FAM 723.3, se incluyen las “consideraciones para elegir entre los procedimientos constitucionales autorizados, las cuales establecen a la letra:

In determining a question as to the procedure which should be followed for any particular international agreement, due consideration is given to the following factors...

- (1) The extent to which the agreement involves commitments or risks affecting the nation as a whole;*
- (2) Whether the agreement is intended to affect state laws;*
- (3) Whether the agreement can be given effect without the enactment of subsequent legislation by the Congress;*

²²⁴ 11 FAM 723 EXERCISE OF THE INTERNATIONAL AGREEMENT POWER, <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html>

- (4) *Past U.S. practice as to similar agreements;*
 - (5) *The preference of the Congress as to a particular type of agreement;*
 - (6) *The degree of formality desired for an agreement;*
 - (7) *The proposed duration of the agreement, the need for prompt conclusion of an agreement, and the desirability of concluding a routine or short-term agreement; and*
 - (8) *The general international practice as to similar agreements.*
- In determining whether any international agreement should be brought into force as a treaty or as an international agreement other than a treaty, the utmost care is to be exercised to avoid any invasion or compromise of the constitutional powers of the President, the Senate, and the Congress as a whole.*

Traducido como sigue:

Al determinar la cuestión sobre el procedimiento a seguir por algún acuerdo internacional en particular, se deben considerar los siguientes factores...

- (1) La medida en la que el acuerdo involucre compromisos o riesgos que afecten a la nación en su conjunto;
- (2) Si el acuerdo busca afectar leyes estatales;
- (3) Si el acuerdo puede entrar en vigor sin la aprobación de legislación subsecuente por el Congreso;
- (4) Cuál ha sido la práctica de E.U.A en acuerdos similares;
- (5) La preferencia del Congreso en cuanto a algún tipo de acuerdo en particular.
- (6) El grado de formalidad deseada para un acuerdo.
- (7) La duración propuesta para un acuerdo, la necesidad de una conclusión pronta de un acuerdo, y la idoneidad de concluir un acuerdo de rutina o de corto plazo; y
- (8) La práctica general internacional en acuerdos similares.

Al determinar si algún acuerdo internacional debe entrar en vigor como un tratado o como un acuerdo internacional distinto a un tratado, debe ejercerse la máxima atención para evitar cualquier invasión o compromiso de poderes constitucionales del Presidente, el Senado y el Congreso en su conjunto.

Al citar la propia legislación estadounidense relacionada con acuerdos y tratados internacionales se infiere que por su alcance, el acuerdo *FATCA* cae en la naturaleza de tratado ratificado por el senado y no en acuerdo internacional distinto a tratado, debido a cuando menos las siguientes conclusiones: en efecto involucra compromisos que afectan a la nación (todas las “US persons”); la práctica estadounidense respecto a colaboración

fiscal es de firmar tratados ratificados por el senado; la duración de *FATCA* es de largo plazo o permanente, y finalmente, la práctica internacional en acuerdos fiscales reitera la obligación del sometimiento al Congreso.

Como se ha establecido, bajo la práctica y sistema legal de ambos países, un acuerdo como *FATCA* reúne todas las condiciones para haberlo sometido a sus poderes legislativos, en lugar de haberse celebrado entre instituciones federales directamente y de manera legalmente ambigua.

En una carta dirigida al Secretario del Tesoro de Estados Unidos con fecha de septiembre 29 de 2017²²⁵, el congresista por Florida Bill Posey le manifestó una serie de críticas a la ley *FATCA*, solicitándole que la revocara y cesara su implementación, debido a que era invasiva, costosa y soportada de manera dudosa por los comentados acuerdos ejecutivos.

Un argumento de peso en la carta referida, establecía que las leyes fiscales estadounidenses requerían a sus contribuyentes presentar sus declaraciones de manera voluntaria, tanto por ingresos como por ganancias por intereses (formas *W2-Wage and Tax Statement*; y *1099-INT*) con base en la presunción de inocencia. Por el contrario, *FATCA* consideraba a las *US persons* como en incumplimiento automático por residir en el extranjero, forzando a gobiernos y bancos a invadir su privacidad entrometiéndose en sus cuentas bancarias, argumento que muestra nuevamente un trato discriminatorio.

Otros argumentos del congresista igualmente relevantes establecían que, debido a que el IRS tenía que hacer un trabajo laborioso para encontrar a evasores en el extranjero, costando fuerza laboral extra, sostener *FATCA* generaba más gastos que ingresos, lo cual era su propósito original. Esto se ha evidenciado en capítulos precedentes de este trabajo, en los que mediante

²²⁵ Moon, Patricia, “Congressman Bill Posey asks Treasury Secretary Mnuchin to deal with #FATCA”, *Alliance For The Defeat Of Citizenship Taxation*, Canadá, 29 de septiembre de 2017, <http://www.citizenshiptaxation.ca/congressman-bill-posey-asks-treasury-secretary-mnuchin-to-deal-with-fatca/>

documentos oficiales del gobierno estadounidense, se detalla que *FATCA* no ha generado los ingresos extra que consideró la administración Obama, sino por el contrario, ha requerido mayor inversión a lo recuperado hasta ahora.

Adicional a lo anterior, el congresista Bill Possey atacó el fundamento legal de sostener colaboración fiscal con otras naciones vía acuerdos ejecutivos. En respuesta, el representante legal del *IRS* manifestó que la base legal de *FATCA* para vincularse con otras naciones se basaba en la legislación federal establecida en los estatutos: *22 USC Section 2656; Internal Revenue Code Sections 1471, 1474(f), 6011, and 6103(k)(4) and Subtitle F, Chapter 61, Subchapter A, Part III, Subpart B (Information Concerning Transactions with Other Persons)*. Después de un análisis exhaustivo, Possey sostuvo que ninguna de esas leyes autorizaba al departamento del tesoro o al *IRS* a sostener colaboración internacional con sus pares fiscales de otras naciones, y nuevamente argumentaba que las instituciones financieras obligadas y los propios fiscos extranjeros incurrirían en onerosos gastos, forzados ilegalmente por la coerción de Estados Unidos con sus penalidades a quien no revelase información.

Otro experto economista y exdiplomático estadounidense ha declarado que el fundamento legal citado en ninguna forma autoriza a las autoridades fiscales de ese país a adjudicarse facultades de negociación internacional aprobando este tipo de acuerdos. Según James George Jatras²²⁶, el expresidente Obama abusó del poder ejecutivo para crear sus propias leyes, y como ejemplo de ello se dieron los excesos en las facultades de espionaje del gobierno federal contra otras naciones, que causaron severas tensiones con varios países amigos, incluyendo Alemania, Rusia, China, Brasil y por supuesto México.

²²⁶ Jatras James, George, "Unauthorized FATCA 'Intergovernmental Agreements' Are Part of Obama's Executive Overreach", *Forbes*, E.U.A., 28 de julio de 2014, <https://www.forbes.com/sites/realspin/2014/07/28/unauthorized-fatca-intergovernmental-agreements-are-part-of-obamas-executive-overreach/?sh=732cbf6d237e>

El Diplomático citó a su vez a la académica Allison Christians, del departamento de derecho de la Universidad McGill, quien se encargó de analizar el fundamento legal de los estatutos citados como soporte por el departamento del Tesoro para obtener información fiscal confidencial de otras naciones e instituciones financieras. Según la profesora,²²⁷ ninguno de los estatutos es válido como vinculatorio internacionalmente.

Al referirse al estatuto 22 USC 2656, *poderes del Secretario de Estado*, equivalente a un ministro del exterior, el mismo establece que el Presidente le encargará eventualmente hacerse cargo de correspondencia, comisiones, instrucciones o negociaciones con otros ministros del exterior extranjeros. De acuerdo con Allison Christians, lo anterior no fundamenta en lo absoluto al Secretario de Estado para firmar acuerdos fiscales.

Otro fundamento legal mencionado, el estatuto 22 USC 2656 otorga autorización al Secretario a dictar regulaciones necesarias para llevar a cabo los propósitos de la ley *FATCA*. De acuerdo con la académica, lo anterior no faculta al Secretario a celebrar acuerdos vinculatorios con otros gobiernos.

Para el resto de los estatutos que soportan *FATCA*, estos no establecen de manera explícita que el Secretario de Estado tiene facultad alguna para negociar, celebrar y ejecutar acuerdos fiscales con gobiernos extranjeros. Y debido a que no lo establece de manera abierta, no puede inferirse que en efecto tiene esa autoridad, la cual si esta reservada al congreso por mandato de la constitución de Estados Unidos.

FATCA ha sido impugnado ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos por una multitud de demandantes de varias nacionalidades e incluso por el actual senador de Kentucky Rand Paul, siendo desechada posteriormente, bajo las circunstancias que se narran a continuación.

²²⁷ Christians, Allison, "IRS claims statutory authority for FATCA agreements where no such authority exists", *Tax, Society & Culture*, Canadá, 4 de julio de 2014, <http://taxpol.blogspot.com/2014/07/irs-claims-statutory-authority-for.html>

En el caso *Crawford v. United States Department of Treasury*, No. 16-3539 (6th Cir. 2017)²²⁸, los demandantes impugnaron *FATCA* ante cortes estadounidenses por varias causas, entre otras, las siguientes: el acuerdo *FATCA* fue ejecutado inconstitucionalmente por no ser emitido como tratado ratificado por el congreso; *FATCA* implica violación a la garantía de protección equitativa (equal protection) consagrada en la décimo cuarta enmienda, debido al argumento mencionado del trato desigual a estadounidenses que a nacionales al reportar información financiera solo de los primeros; las penalidades económicas que *FATCA* conlleva son excesivas tanto para instituciones financieras como para *US Persons*; y finalmente *FATCA* implica la violación al derecho a la privacidad establecido en la cuarta enmienda, por obligar a la remoción automática del secreto bancario.

El caso *Crawford* llegó a la Suprema Corte, la cual lo desechó bajo el argumento que los múltiples actores carecían de *legal standing*²²⁹, más no por razones de fondo de la constitucionalidad misma de *FATCA*. Debido a esto, nuevas impugnaciones directas contra el acuerdo pueden presentarse en el futuro próximo en su propio país origen. En otras naciones obligadas ahora por el acuerdo este se le ha impugnado en sus tribunales, como en los casos citados con anterioridad, y dichas impugnaciones continúan surgiendo.

Las impugnaciones más recientes han ocurrido en Europa, lo cual es notorio siendo que el número de expatriados estadounidenses en ese continente es mínimo en comparación con los que se encuentran en México. En el Reino Unido en particular, la firma legal *Mishcon de Reya* representa a una ciudadana Británica nacida en Estados Unidos (*accidental American*) quien recientemente se dio cuenta que se encontraba bajo la jurisdicción del IRS cuando su banco se lo notificó. Su demanda argumenta que el

²²⁸ *Crawford v. United States Department of Treasury*, No. 16-3539 (6th Cir. 2017)

²²⁹ El término legal standing o locus standing significa que el actor puede demostrar a la corte conexión directa o suficiente entre la ley o acto impugnado y el daño sufrido por aquél.

intercambio de información financiera entre instituciones bancarias de Europa y el gobierno estadounidense viola la regulación de protección de datos (General Data Protection Regulation), ley británica que entró en vigor en mayo de 2018, pues no se da opción a los ciudadanos a decidir si desean compartir su información o no.

Adicional a ello, y aún más notorio es que esta demanda presenta un argumento contra *FATCA* no mencionado con anterioridad: la demandante reclama que reportar sus datos personales fuera de Europa podría ponerla a ella y a otros en su situación, en riesgo de robo de información confidencial, así como fraude de identidad.²³⁰

El segundo caso reciente ocurre ahora en Francia, donde la ONG *Accidental American Association* ha presentado una queja contra el gobierno francés ante la Comisión Europea, después de que los tribunales franceses rechazaron los recursos presentados por la misma. Esta argumenta, entre otras cosas, que el acuerdo intergubernamental es violatorio de las regulaciones europeas de protección de datos, argumento similar a la demanda británica, pues se transmitiría información de datos personales masivamente a Estados Unidos, sin consentimiento de los involucrados, y peor aún, sin la debida protección contra la piratería informática.

Finalmente, la ONG reporta que solo en Francia se prevé que los bancos cierren alrededor de 40,000 cuentas de *accidental Americans*, porque estos simplemente no pueden cumplir con los requisitos de *FATCA*, que incluyen obtener un número de identificación de impuestos estadounidense.²³¹ Demandas similares se preparan ante cortes

²³⁰ Angeloni Cristian, “UK taxman faces lawsuit over Fatca”, *International Adviser*, Reino Unido, 2 de septiembre de 2019, <https://international-adviser.com/uk-taxman-faces-lawsuit-over-fatca/>

²³¹ Cristian Angeloni, “France sued by ‘Accidental Americans’ over Fatca”, *International Adviser*, Reino Unido, 2019, <https://international-adviser.com/france-sued-by-accidental-americans-over-fatca/>

canadienses,²³² en las que la ONG *Allience for the Defence of Canadian Sovereignty*, representan a dos personas afectadas por el acuerdo, debido a su ciudadanía estadounidense.

Como se demuestra con las múltiples impugnaciones contra *FATCA* en países desarrollados, el soporte legal del acuerdo bajo el sistema legal estadounidense y el derecho internacional público no es sólido y tiene varias áreas vulnerables que lo hacen susceptible de revertir su aplicación. Si alguna de esas demandas ante la Comisión Europea, las cortes británicas o canadienses, más las que se prevé que surjan, prospera, otras más pueden seguir. Como se ha establecido, el problema mayor para el cumplimiento de *FATCA* se encuentra en nuestro país, debido a la gran comunidad de expatriados estadounidenses, por lo que la posibilidad de presentar juicios de amparo contra el acuerdo ante la justicia federal mexicana es viable y factible de ocurrir.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO EN EL DERECHO MEXICANO DE LA LEY FATCA Y DE LOS ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES

Líneas arriba se ha referido a los convenios o acuerdos interinstitucionales como la forma en la que *FATCA* ha sido introducido a nuestro país. Conviene ahora profundizar en la naturaleza de un acuerdo interinstitucional para determinar si dicho instrumento es el idóneo para un compromiso internacional de la magnitud de *FATCA*.

Los acuerdos interinstitucionales se encuentran regulados por el artículo 2 fracción II de la Ley sobre la Celebración de Tratados, que lo define como sigue:

²³² *FATCA Summary Trial Filing, Maple Sandbox*. Canadá, 5 de mayo de 2015, <http://maplesandbox.ca/2015/05/05/fatca-summary-trial-filing/>

...convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales deberá circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben.

En el documento denominado “*Guía para la conclusión de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional según la ley sobre la celebración de tratados*”²³³ emitido por la Secretaría de Relaciones Exteriores, se establece que:

Con el fin de saber si un asunto es materia de un tratado o de un acuerdo interinstitucional, se proporcionan los siguientes criterios:

Se celebrará un tratado si se da por lo menos uno de los siguientes supuestos:

- a) el asunto es de la competencia del Poder Legislativo Federal;*
- b) se involucra a la Nación como un todo;*
- c) se afecta el territorio nacional;*
- d) se afecta la esfera jurídica de los individuos;*
- e) se amplía o modifica la legislación existente;*
- f) se contraen obligaciones financieras en las que se compromete el crédito de la Nación y,*
- g) la materia a convenir podría ser impugnada o hecha valer ante el Poder Judicial*

En conclusión, el acuerdo interinstitucional *FATCA* cae en las categorías de ser competencia del Poder Legislativo por tratarse de cobro de impuestos; se involucra a la Nación como un todo, puesto que aplica dondequiera haya *US persons* en territorio nacional, por lo que también implica la variante del territorio y este grupo de personas se encuentran contempladas en el concepto de “población” establecido en la Constitución; se afecta la esfera jurídica de los individuos, al otorgar la carta magna los mismos derechos a estadounidenses que a nacionales y el objeto de *FATCA* es el ingreso o

²³³ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Guía para la conclusión de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados*, México, (s.f.), <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/guia.pdf>

patrimonio personal; amplia o modifica legislación existente, en lo relativo a cobro coactivo de créditos extranjeros; y finalmente, el acuerdo podría ser impugnado ante el Poder Judicial.

El documento citado coincide con el análisis referido del cónsul mexicano en Saint Paul líneas arriba, respecto a la naturaleza jurídica de tratados aprobados por el congreso y acuerdos interinstitucionales. De ambos se deriva que *FATCA* debió ser emitido como tratado internacional. Los principios anteriores coinciden plenamente con los criterios estadounidenses para distinguir tratados ratificados por el congreso de “otros acuerdos”.

La ley de tratados establece, adicionalmente, que en caso de celebrarse un acuerdo interinstitucional se debe informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual debe emitir un dictamen acerca de la procedencia de suscribirlo.²³⁴

Un punto relevante sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos, es determinar cual es su fuerza vinculatoria en el derecho mexicano. Con base en el artículo 133 Constitucional, que establece la jerarquía de leyes equiparando los tratados internacionales aprobados por el senado a las leyes federales y otorgándoles jerarquía constitucional, dicho artículo deja fuera los acuerdos interinstitucionales por completo. Lo anterior implica, debido a que la carta magna no es explícita al respecto, que en la jerarquía de leyes en México los acuerdos no ocupan lugar alguno, no son considerados como derecho federal, tampoco se equiparan a leyes federales emanadas por el Congreso y por tanto, su fuerza vinculatoria queda en un estado de ambigüedad en lo que respecta a la jerarquía de leyes mexicanas.

Esta indefinición o área gris de los acuerdos interinstitucionales se demuestra en un reciente proyecto de decreto de reforma a la ley sobre la

²³⁴ Cámara de Diputados, *Ley Sobre la Celebración de Tratados*, México, 2 de enero de 1992, art. 7.

celebración de tratados emitido por la senadora María Guadalupe Murguía Gutiérrez²³⁵ presentado en el año 2019. En su proyecto, la senadora evidencía las serias inconsistencias de los acuerdos. Por ejemplo, argumenta atinadamente que su gran ventaja es la celeridad en su celebración. Sin embargo, al no ser considerados como tratados internacionales, no son parte de la “Ley Suprema de toda la Unión”, exentando a los jueces de los estados de someterse a los mismos. Adicionalmente, la iniciativa establece que, *“al no tener conocimiento del contenido de los Acuerdos, el Senado no puede garantizar que las dependencias suscriptoras, durante su celebración, no se excedan en sus limitantes.”*

La iniciativa continúa dando otros argumentos: *“Es claro que el límite material de celebración de los acuerdos interinstitucionales resulta insuficiente, debiendo establecer entre otros límites el que no regulen materias que afecten a los particulares, o bien que no incidan en materias exclusivas de los poderes de la Unión.”* *“Los acuerdos interinstitucionales, como cualquier otro instrumento internacional, para estar de acuerdo con la Constitución requieren la aprobación del Senado y su celebración por el presidente de la República; si no se regulan de esta forma se violarían los arts. 76, fracc. I, 89, fracc. X, y 133.”*

La senadora establece que cada año se celebran decenas de estos acuerdos por parte de la Federación, los estados y municipios, los que incluyen objetos y fines totalmente diversos, pero al omitir el visto bueno del Senado, vulneran sus facultades. Otro argumento sólido de la iniciativa es que este órgano carece de información sobre el contenido de los acuerdos, y por lo mismo, *“podría haber auténticas obligaciones de Estado que, por su propia naturaleza, tendrían que someterse al procedimiento constitucional para su aprobación”*.

²³⁵ Senado de la República, *Iniciativa con proyecto de decreto, a cargo de la senadora María Guadalupe Murguía Gutiérrez, por el que se reforma la ley sobre la celebración de tratados*, México, 14 de marzo de 2019.

La anterior iniciativa busca remitir a los acuerdos interinstitucionales al Senado de la República para su aprobación, proponiendo resolverlos a través de afirmativa ficta²³⁶. También propone que el dictamen que emite la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre los acuerdos sea remitido al Senado, con el fin de que este determine en breve plazo si el acuerdo no asume compromisos de Estado, en cuyo caso los vetaría.

La iniciativa referida muestra de manera clara las vulnerabilidades de los acuerdos interinstitucionales y el riesgo para la nación en caso de que las secretarías o entidades de gobierno involucradas se excedan en sus atribuciones o asuman las del poder legislativo. De existir dicha reforma en la ley de celebración de tratados difícilmente *FATCA* hubiera sido aprobado en su versión de acuerdo interinstitucional.

Esta iniciativa no es la primera en cuestionar el proceso de aprobación de los acuerdos sin la debida revisión, ni sus ilimitados alcances. En 2010 se presentó otro proyecto de decreto para expedir la llamada *Ley General sobre Celebración y Aprobación de Tratados*²³⁷, el cual establecía en su artículo 30:

Los acuerdos interinstitucionales celebrados entre cualquier dependencia o entidad paraestatal de la administración pública federal, estatal, municipal o del Distrito Federal y sus delegaciones o la Procuraduría General de la República o cualquier órgano constitucional autónomo y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, deberán ser notificados al Senado por la secretaría y publicados por ésta en el Diario Oficial de la Federación...

²³⁶ En afirmativa ficta, si el Senado no aprueba expresamente, se entiende que resuelve en sentido afirmativo.

²³⁷ Cámara de Senadores, *Proyecto de decreto, por el que se expide la ley general sobre celebración y aprobación de tratados*, México, 13 de abril de 2010, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2010/04/asun_2652114_20100415_1271357514.pdf

El proyecto establecía dos cambios fundamentales en la manera en la que los acuerdos entran en vigor: el conocimiento previo del senado acerca del contenido de su contenido, y su publicación posterior en el diario oficial, lo cual eliminaría el oscurantismo y la secrecía en la que se conducen.

Tanto la iniciativa de 2010 como la de la senadora Gutiérrez de 2019 han buscado fijar límites a las secretarías de estado y otros entes de los 3 niveles de gobierno cuando adquieren compromisos con sus pares internacionales, puesto que su celebración sin la supervisión de la cámara alta puede vulnerar de manera directa o indirecta derechos fundamentales establecidos en la carta magna.

En ese sentido, el senado ejerce una función de control²³⁸ sobre el poder ejecutivo que la propia constitución le otorga en el citado artículo 76 fracción I, y reafirma en el artículo 266 primer párrafo del reglamento del Senado, que establece: *...En el ejercicio de las funciones de control de las cámaras del Congreso de la Unión, en el ámbito de su competencia el Senado recibe, analiza y se pronuncia respecto de los informes de los entes públicos a los cuales la Constitución y las leyes imponen la obligación de presentarlos.*

En consecuencia, ambas iniciativas sólo buscan llevar a la práctica la función de supervisión del Senado que el derecho mexicano le otorga sobre el poder ejecutivo, como un equilibrio de poderes. Cuando no ocurre esta vigilancia, los entes públicos pueden extralimitarse al firmar acuerdos

²³⁸ El control del senado es una *consecuencia directa de la aplicación del principio de separación de funciones y de la concurrencia de poderes en la conformación de la voluntad del Estado*, como se explica en la definición de “control” en la página del senado, la cual manifiesta: “Destaca la participación que el Senado tiene en la aprobación de los tratados o convenciones diplomáticas que suscriba el Ejecutivo, esto implica que el Senado debe examinar el contenido del tratado o convención propuesto para su aprobación, con objeto de determinar si no existe oposición alguna en la Constitución.”...” La aprobación del Senado se puede caracterizar como una función de control, toda vez que la verificación de la constitucionalidad del tratado o de la convención diplomática se realiza en el marco preestablecido por el poder constituyente y el legislativo en su totalidad y en su calidad de órgano de delimitación de los actos del Poder Ejecutivo.

Senado de la República LXIV Legislatura, *Función de control*, México, (s.f.), http://www.senado.gob.mx/64/sobre_el_senado/funcion_de_control

interinstitucionales pues no es su función contenerse a si mismos. En ese sentido, se han dado múltiples casos de excesos en la intervención de órganos de gobierno extranjeros, como en los casos de colaboración con fuerzas de seguridad pública extranjeras, o contención migratoria de ciudadanos de Centroamérica por fuerzas federales mexicanas, como ejemplos en nuestra historia reciente.

III. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO CON LAS LEYES MEXICANAS DE LA APROBACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DEL ACUERDO FATCA

El día 20 de noviembre de 2012 la Secretaría de Hacienda y Crédito Público emitió un comunicado²³⁹ en el que anunciaba lo siguiente:

El Subsecretario de Ingresos, José Antonio González Anaya, y el Subsecretario de Política Fiscal, Mark J. Mazur, firmaron el 19 de noviembre de 2012 en la Ciudad de Washington, D.C. , el Acuerdo entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América para mejorar el Cumplimiento Fiscal Internacional con respecto a FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act).

El comunicado anunciaba que *...en el contexto de FATCA México es el tercer país que cumple con los estándares de intercambio de información, por lo que las autoridades fiscales de ambos países aumentarán sus capacidades de fiscalización, lo que resultará en un aumento de los niveles de cumplimiento en materia tributaria.*”

Con este comunicado y firma por parte del subsecretario de la S.H.C.P., México se comprometía a reportar información de ingresos de *US persons*. Sin embargo, este compromiso incumplía, *procedimentalmente* hablando, el mecanismo establecido por la legislación federal mexicana para el intercambio de información fiscal con autoridades extranjeras.

²³⁹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Acuerdo entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América en materia de Intercambio de Información Financiera con respecto a FATCA*, 20 de Noviembre de 2012.

Líneas atrás se han analizado los fundamentos legales para elegir un acuerdo interinstitucional como vía para el intercambio de información con Estados Unidos, concluyendo que el mismo contrae obligaciones de estado, entre otras agravantes, por lo que un tratado ratificado por el Senado es el instrumento idóneo. Pero si se trata de analizar la validez de este intercambio a través de la figura de acuerdo interinstitucional, *FATCA* también incumplió con los requisitos establecidos en las leyes conducentes.

La colaboración fiscal de nuestro país con otras naciones se encuentra regulada explícitamente por el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, que, bajo el texto vigente en el año de la firma, 2012, establecía a la letra:

Mediante acuerdo de intercambio recíproco de información, suscrito por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, se podrá suministrar la información a las autoridades fiscales de países extranjeros, siempre que se pacte que la misma sólo se utilizará para efectos fiscales y se guardará el secreto fiscal correspondiente por el país de que se trate.

El Secretario de Hacienda en ese año era José Antonio Meade Kuribreña, y puesto que la legislación fiscal no permite métodos de interpretación por analogía sino que prioriza la literalidad de la ley, el acuerdo *FATCA* incumplió desde su inicio con lo especificado por el Código Fiscal.

En soporte de lo anterior, el Reglamento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establece, en su artículo 6 fracción XXVI:

El Secretario tendrá las siguientes facultades no delegables...Intervenir en los convenios que celebre el Ejecutivo Federal cuando incluyan materias de la competencia de la Secretaría...

Sin embargo, al analizar cuales son las competencias de la Secretaría, las cuales se encuentran expresamente reguladas por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal²⁴⁰, encontramos 31 atribuciones expresas,

²⁴⁰ Congreso de la Unión, *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, México, 29 de Diciembre de 1976, art. 31.

y en ninguna de ellas se encuentran la facultad de celebrar tratados internacionales, por no mencionar siquiera el término *acuerdos interinstitucionales*.

Derivado de lo anterior se concluye que las violaciones al derecho doméstico mexicano en la implementación y entrada en vigor de *FATCA* son claras, sistemáticas y concluyentes.

Estas irregularidades permiten la impugnación del acuerdo por la vía del juicio de amparo cuando una *US person* demuestre los agravios que cause en su patrimonio la implementación de *FATCA*.

Cabe mencionar que el texto del citado numeral del código fiscal ha sufrido notorias modificaciones que es relevante enunciar. En el año 2013 entró en vigor una reforma a dicha disposición que transformó totalmente el intercambio de información fiscal internacional, puesto que el texto modificado quedó como sigue, en su párrafo sexto²⁴¹:

Mediante tratado internacional en vigor del que México sea parte que contenga disposiciones de intercambio recíproco de información, se podrá suministrar la información a las autoridades fiscales extranjeras. Dicha información únicamente podrá utilizarse para fines distintos a los fiscales cuando así lo establezca el propio tratado y las autoridades fiscales lo autoricen.

Un cambio de tal magnitud modifica la operatividad de *FATCA* e incluso pone en entredicho su continuación como instrumento de colaboración. Al analizar el fondo del decreto modificatorio de 2013²⁴², se encuentran argumentos concluyentes sobre la inadecuación de la colaboración fiscal internacional a través de los acuerdos interinstitucionales, respaldados incluso con jurisprudencia de la Suprema Corte. En su parte conducente, el decreto expresa lo siguiente:

²⁴¹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Código Fiscal de la Federación*, 9 de Diciembre de 2013, art. 69.

²⁴² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación*, México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre de 2013.

Por otra parte, se propone la modificación del artículo 69 sexto párrafo del Código Fiscal de la Federación, ya que actualmente no refleja la práctica acostumbrada para la suscripción de acuerdos para el intercambio recíproco de información. Lo anterior, considerando que originalmente al incorporarse este párrafo se estimó que dicho intercambio se llevaría a cabo a través de Memorándums de Entendimiento firmados por el Secretario de Hacienda y Crédito Público con autoridades de países extranjeros; sin embargo, el mecanismo empleado para proporcionar dicha información ha sido a través de tratados internacionales, los cuales no siempre son suscritos por el Secretario de Hacienda, ya que en ocasiones el Presidente de la República mediante el otorgamiento de Plenos Poderes ha designado a un funcionario distinto. Dichos Tratados Internacionales junto con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella constituyen la Ley Suprema de la Unión conforme al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A su vez, conforme al último criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación plasmado en la tesis aislada con rubro: **“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.”**, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en abril de 2007, los Tratados Internacionales están por encima de las Leyes Federales y Locales.

Esta modificación al citado art. 69 del C.F.F. plantea cambios sustanciales al acuerdo, incluyendo la posibilidad de abrogarlo y celebrar un tratado internacional que lo sustituya, lo cual aúna a la irregularidad de la actual operación de *FATCA* puesto que el propio congreso sostiene que *“no refleja la práctica acostumbrada para la suscripción de acuerdos de intercambio recíproco de información.”*

Otra disposición del C.F.F. que entra en conflicto con el mecanismo de *FATCA* es el artículo 69-A. El código fiscal vigente establece a la letra:

Las autoridades fiscales asistirán en el cobro y recaudación de los impuestos y sus accesorios exigibles por los Estados extranjeros en términos de sus respectivas legislaciones, cuando las autoridades fiscales extranjeras así lo soliciten, en los términos de los tratados internacionales de los que México sea parte, siempre que exista

reciprocidad. Para estos efectos, los plazos de prescripción de los créditos fiscales extranjeros y de caducidad, así como la actualización, los recargos y las sanciones, se regirán por las leyes fiscales del Estado extranjero solicitante.

Esta disposición establece dos presupuestos: solo asistirán en el cobro coactivo derivados de un tratado y siempre que exista reciprocidad. En el *FATCA* ninguna de las dos hipótesis ocurren. No es un tratado, y derivado de la revisión de los reportes al congreso estadounidense por sus propios organismos reguladores, el IRS no tiene la capacidad *para* reciprocitar la información que recibe de sus pares internacionales.

IV. ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE SOPORTAN *FATCA* Y SUS EXCEPCIONES

Tal como lo establece su proemio, el acuerdo en estudio se apoya en instrumentos internacionales previos, en concreto, la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de 1988 (Convenio de Estrasburgo), el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta, de 1992 (Convenio de doble tributación México-E.U.A.) y el acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América para el Intercambio de Información Tributaria de 1989 (AIIT).

Cabe mencionar que, si bien los 3 convenios internacionales tratan sobre la cooperación en materia de fiscal entre México y Estados Unidos, y mencionan en concreto la asistencia en materia de información y cobro coactivo, cada uno de ellos son instrumentos de derecho internacional público separados, con requisitos de cumplimiento y entrada en vigor propios. Los mismos principios aplican al acuerdo *FATCA*. Estos instrumentos tuvieron distintas fechas de entrada en vigor (el Convenio de Estrasburgo, 25 años anterior a *FATCA*, el AIIT, 24 años antes, el de doble tributación, 21 años antes), y ninguno de ellos forma parte de otro, en

términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que contempla tratados internacionales como instrumentos únicos o contenidos en varios “instrumentos conexos”. Ninguno de los acuerdos mencionados tiene tal categoría en su texto ni tampoco tienen naturaleza de “acuerdos o cartas paralelas”.

En consecuencia, cada uno de ellos son instrumentos separados y tienen que cumplir con todos y cada uno de los requisitos contemplados en la Convención de Viena, en la Constitución Política, en la Ley de Celebración de Tratados y en los lineamientos que establece la Secretaría de Relaciones Exteriores para la celebración de tratados o acuerdos interinstitucionales.

Analizaremos ahora si el Convenio de Estrasburgo, el AIIT y el acuerdo FATCA tienen una adaptación armoniosa o si por el contrario, se encuentran discrepancias en su aplicación.

1. El Convenio de Estrasburgo

Con relación al Convenio de Estrasburgo, celebrado con muchos años de anterioridad a *FATCA*, buscaba originalmente combatir la evasión fiscal de las multinacionales principalmente, y sostenía la cooperación estado-estado en la recaudación fiscal, basándose en la reciprocidad y ayuda mutua. Estos factores no se encuentran en *FATCA*.

El Convenio establece, en su artículo 21, las excepciones por las que un Estado contratante no otorgará asistencia fiscal al otro. Esto sin mencionar que, de acuerdo con lo establecido en *FATCA*, el único obligado es México. Dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 21

Protección de las personas y límites a la obligación de otorgar asistencia

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará los derechos y salvaguardas a favor de las personas, de conformidad con la legislación o práctica administrativa del Estado requerido.

2. A excepción de lo previsto en el Artículo 14, lo dispuesto en esta Convención no será interpretado en el sentido de imponer al Estado requerido la obligación de:

- a. llevar a cabo medidas contrarias a su legislación interna o práctica administrativa, o a la legislación o práctica administrativa del Estado requirente;
- b. llevar a cabo medidas que serían contrarias al orden público (ordre public);
- c. suministrar información que no pueda obtenerse de conformidad con su propia legislación o práctica administrativa o de conformidad con la legislación o práctica administrativa del Estado requirente;
- ...
- f. otorgar asistencia administrativa con el propósito de administrar o aplicar una disposición de la legislación fiscal del Estado requirente, o cualquier requisito relacionado con la misma, que discrimine a un nacional del Estado requerido respecto de un nacional del Estado requirente en las mismas circunstancias;
- g. otorgar asistencia administrativa si el Estado requirente no ha utilizado todas las medidas razonables disponibles de conformidad con su legislación o práctica administrativa, excepto cuando el recurrir a dichas medidas puedan generar dificultades desproporcionadas;
- h. otorgar asistencia en el cobro en aquellos casos en que la carga administrativa de ese Estado sea claramente desproporcionada al beneficio que obtendría el Estado requirente.

De la redacción del artículo se deriva que una de las excepciones es la de afectar los derechos y salvaguardas a favor de las personas. Cuando se trata de la nula protección de datos personales a que son sometidos los estadounidenses por parte de las FFI, obligadas por el acuerdo *FATCA*, claramente cae en dicha excepción. Podríamos también cuestionar si el envío de datos personales de extranjeros a sus autoridades sin su consentimiento va en contra del orden público mexicano, especialmente cuando dichos extranjeros no son delincuentes, sino ciudadanos regulares que decidieron abandonar Estados Unidos por así convenir a sus intereses.

De los incisos anteriores, se percibe que la excepción contemplada en el inciso f, es de gran importancia, cuando con motivo de *“aplicar la legislación fiscal del estado requirente, se discrimine a un nacional del estado requerido respecto de un nacional del estado requirente en las mismas circunstancias.”*

Aplicando dicho numeral al acuerdo *FATCA*, se deriva que en efecto existe un trato discriminatorio (menos favorable) para el nacional del estado

requerido (México), por las siguientes razones: México no grava a sus nacionales basándose en la ciudadanía, Estados Unidos lo hace. En consecuencia, si el nacional mexicano ha decidido emigrar del país, la regulación *FATCA* abre la puerta a que México lo grave como E.U.A. lo hace, es decir, por el solo hecho de ser mexicano, independientemente de que no tenga otro vínculo con el país.

El inciso g, “*cuando el estado requirente no ha utilizado todas las medidas razonables disponibles de conformidad con su legislación...*”. Cabe mencionar si E.U.A., creador de la iniciativa de rastrear estadounidenses por todo el mundo utilizando los recursos de los bancos extranjeros de manera gratuita, no podría haber diseñado alguna medida más práctica y eficiente para alcanzar dicho objetivo.

Y finalmente, la excepción del inciso h, “*otorgar asistencia en el cobro en aquellos casos en que la carga administrativa de ese Estado sea claramente desproporcionada al beneficio que obtendría el Estado requirente.*”, aplica a cabalidad. Si de acuerdo con los números, lo recaudado por *FATCA* no justifica el gasto empleado en alcanzar sus objetivos, tal como fue reportado por el organismo regulador estadounidense al medir el cumplimiento de objetivos de *FATCA*, el estado requerido (México) se encuentra en la hipótesis de exención de brindar tal asistencia.

2. El AIIT

El artículo 1º del AIIT establecía que su fin era el de “prevenir...la evasión y el fraude en materia tributaria...”; además de que “Los Estados Contratantes se brindarán asistencia mutua...”

Del texto referido se deriva que el objetivo original del AIIT no fue el mismo que el de *FATCA*, es decir, se orientaba a castigar los delitos de evasión y fraude fiscal. *FATCA*, como se ha establecido previamente, buscaba recaudar dinero para crear fuentes de empleo domésticas.

El mismo artículo 1 establece, en su tercer párrafo:

3.- Las solicitudes de asistencia presentadas en los términos del presente Acuerdo, se ejecutarán conforme a lo previsto en el segundo párrafo de este Artículo, salvo que:

d) al facilitar la información solicitada por el Estado requirente para administrar o ejecutar una disposición de sus leyes fiscales o cualquier requisito relacionado con éstas, se discrimine a un nacional del Estado requerido. Una disposición de sus leyes fiscales o un requisito relacionado con éstas se considerará discriminatoria contra un nacional del Estado requerido, cuando ésta sea más gravosa para un nacional del Estado requerido en relación con un nacional del Estado requirente en igualdad de circunstancias.

Mismo fundamento legal que el Convenio de Estrasburgo y mismo análisis; *FATCA* grava estadounidenses por el hecho de serlo, México no, ni está en su interés gravar mexicanos en Estados Unidos, muchos de quienes ya tienen la enorme carga, legal o no, de enviar remesas a nuestro país. *FATCA* entonces otorga un trato menos favorable a nuestros nacionales que a los estadounidenses.

El artículo 6° del AIIT establece:

COSTOS

Los costos ordinarios en que se incurra por la asistencia proporcionada serán sufragados por el Estado requerido y los costos extraordinarios incurridos por dicha asistencia serán sufragados por el Estado requirente, a menos que las autoridades competentes de los Estados Contratantes lo acuerden en forma distinta.

De igual manera, el oneroso costo de implementación de *FATCA*. El gobierno estadounidense incumple totalmente con lo estipulado por el artículo 6° del AIIT. Como se ha analizado en este trabajo, los costos los sufragan las instituciones financieras, un actor ajeno a las partes vinculantes del acuerdo, México y E.U.A. Pero dichas instituciones trasladan estos costos a los cuentahabientes comunes, por lo que finalmente es la población mexicana la que absorbe los gastos de implementación de *FATCA*. El estado requirente es Estados Unidos, y es este

país el que debe sufragar los gastos de su propio acuerdo, de conformidad con el AIIT.

V. RECEPCIÓN EN EL DERECHO MEXICANO DEL ACUERDO

FATCA

De acuerdo con el tratadista Manuel Becerra Ramírez, la recepción del derecho internacional en el derecho doméstico mexicano es “monotemática.”²⁴³ Con esto se refiere a lo establecido por el multicitado artículo 133 constitucional, definiendo nuestra jerarquía de leyes y colocando en la misma posición a la carta magna, leyes federales y tratados internacionales. Lo *monotemático* se entiende como priorizar los tratados sobre otras formas de vincularse con derechos extranjeros, incluyendo resoluciones de organismos internacionales, costumbre jurídica internacional, acuerdos privados entre órganos estatales y privados, entre otros.

En otras palabras, de acuerdo con Manuel Becerra, nos vinculamos primeramente con el derecho externo a través de tratados ratificados por el senado. Los acuerdos interinstitucionales carecen de importancia, de acuerdo con el autor, porque ni siquiera son mencionados en el citado numeral 133, mismo argumento que se ha analizado líneas arriba.

Sin embargo, el autor refiere que, en relación con *la costumbre*, establecida por el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia como segunda fuente del derecho internacional público en orden jerárquico, México es signatario de dicha convención internacional, incorporando la misma jerarquía al derecho interno nacional.

²⁴³ Becerra Ramírez Manuel, “La recepción del derecho internacional en la constitución de 1917. Hacia un nuevo sistema”, *Fuentes de derecho internacional en el siglo XXI*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, p. 15.

En ese sentido, da como ejemplo el uso de la costumbre bajo el TLCAN, cuando contradice la cláusula Calvo establecida en la constitución para regular la inversión extranjera, puesto que el tratado comercial da un trato distinto a los extranjeros.²⁴⁴

En materia de la costumbre como fuente del derecho internacional público, vemos que su aplicación en nuestro país es de manera irregular, puesto que aplica en algunos casos aunque la propia constitución no la reconozca de manera expresa, sino se refiera únicamente a los tratados. En consecuencia, si la costumbre jurídica internacional en materia de colaboración de fiscos internacionales lo ha sido a través de tratados y no de acuerdos, además de una costumbre de reciprocidad, nuestro país debería apegarse a dicha práctica.

El autor citado concluye refiriéndose a los acuerdos interinstitucionales como un ejemplo de la ausencia de control de los actos del Ejecutivo por parte del Senado, dando el siguiente ejemplo:²⁴⁵

Hay muchos casos de acuerdos que el Ejecutivo denomina como tal, pero que en realidad son tratados, con lo que se evade el control del Senado. Tal es el caso del acuerdo entre Estados Unidos y México denominado Iniciativa Mérida, que dado su contenido e impacto para nuestro país, debió ser pasado por el Senado para su aprobación como lo que es: un tratado internacional.

En relación con la incorporación del derecho fiscal internacional en el ordenamiento jurídico nacional, la autora Doris Teresita Mendoza López²⁴⁶ se refiere también a la jerarquía histórica de las fuentes del derecho, es decir, el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional, estableciendo que dicho orden no es realista al día de hoy y otras fuentes deberían incorporarse

²⁴⁴ Por ejemplo, un inversionista extranjero cubierto por la “*umbrella clause*” del TLCAN, puede acceder a mecanismos de arbitraje internacional de inversiones, a lo cual un inversionista nacional no tiene posibilidad de acceder.

²⁴⁵ Becerra Ramírez, op. cit., nota 23, p. 17.

²⁴⁶ Mendoza López Doris Teresita, “Incorporación del derecho internacional tributario al derecho nacional; las medidas del plan de acción OCDE/G20 para corregir asimetrías entre legislaciones fiscales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie*, México, año XLX, núm. 149, mayo-agosto de 2017. p. 833.

en el mundo moderno, pues dicha jerarquía está superada por múltiples fenómenos.

En particular, la autora sugiere la incorporación de las directrices o recomendaciones emitidas por organismos internacionales relevantes, como la OCDE o la propia ONU, y sea potestad de los países miembros, en ejercicio de su soberanía, incorporar o no dichos instrumentos.

En el mismo sentido se expresan los autores Guadalupe Barrena Nájera y Carlos Montemayor Romo de Vivar²⁴⁷, quienes coinciden en la necesidad de ampliar la concepción de fuentes del derecho internacional, y establecen que: *“De acuerdo con las reglas de la responsabilidad internacional, el incumplimiento de una obligación genera responsabilidad, independientemente de su fuente. Un inadecuado sistema de recepción obstaculiza la eficacia de las obligaciones, y coloca al Estado en una posición más propensa a adquirir responsabilidad internacional.”*

De acuerdo con los tratadistas citados, el sistema de recepción del derecho internacional en el derecho doméstico es incompleto y arroja resultados antijurídicos. Finalmente, todos los tratadistas citados, nacionales e internacionales, concluyen en el sentido de que los acuerdos celebrados por el Ejecutivo sin control alguno no son el instrumento idóneo para adquirir compromisos de Estado.

1. Teorías sobre recepción de derecho extranjero sobre derecho doméstico

En la aplicación de alguna ley extranjera sobre una jurisdicción distinta a la que le dio origen, se da lo que se conoce como “recepción”; algunos tratadistas le dan el nombre de *concesión*. En ambos casos, se refiere al

²⁴⁷ Barrena Nájera, Guadalupe y Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *Derechos Humanos Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional Tomo III*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 64, México, 2001, p. 172.

hecho de insertar derecho ajeno en el propio, mismo que surgió en otra nación, buscando resolver situaciones y circunstancias locales, y por lo tanto, sin relación alguna con el estado en el que se pretende aplicar.

Es por ello que el estado que “recibe” dicho derecho extraño, debe hacer lugar, dentro de su propio sistema de leyes, a la aplicación exitosa y sutil de ese derecho. Eso no es fácil de lograr y en ocasiones la inserción de tal derecho conflictúa directamente con la soberanía del país receptor, como en el caso de la citada ley estadounidense Helms Burton²⁴⁸, o por otra parte, su operatividad es ineficiente e inadecuada al derecho local, como la reforma judicial implementada en nuestro país a partir de 2008.²⁴⁹

Estos casos trataban de derecho con origen estadounidense; en el primero, buscando imponer directamente sus intereses (la oposición a Cuba), y en el segundo de manera indirecta, exportando a México un sistema legal similar al suyo, debido al volumen de comercio con dicho país, con el beneficio colateral de hacer los procesos judiciales más breves y transparentes.

El tema de la recepción de un derecho extraño en una nación ajena ha sido tratado en diversos estudios. El autor Jorge Basadre, quien realizó investigación exhaustiva sobre el derecho de Castilla aplicado en las colonias, establecía que en los territorios conquistados se daba el fenómeno de concesión, o más bien imposición, de un derecho extraño sobre un sistema jurídico ya existente, interfiriendo en los usos y costumbres de la comunidad en la que se imponía. En tal caso el derecho ajeno básicamente

²⁴⁸ Referida con anterioridad, la llamada “Ley Libertad” de 1996, buscaba presionar al régimen cubano, por medio de sanciones internacionales a empresas o inversionistas extranjeros en ese país.

²⁴⁹ La reforma judicial buscaba aumentar las atribuciones del gobierno federal en materia de actos de molestia, incluyendo allanamientos y arraigos sin orden judicial, así como someter a la población a los actos de espionaje gubernamental. Por el lado de los procesos judiciales orales, que buscaban emular el proceso judicial estadounidense, no ha alcanzado a implementarse en su totalidad al día de hoy, por múltiples factores, tanto culturales, administrativos y económicos, así como de los propios usos y costumbres de los tribunales mexicanos.

suprimía el derecho local. Para el autor Jesús Lalinde, este fenómeno se denomina “recepción”, y consiste en la subordinación del pueblo que recibe el derecho ajeno, hacia el pueblo que emite dicho derecho.²⁵⁰

En cualquier caso, la recepción puede ser obligatoria o voluntaria. La dicotomía de *FATCA* consiste en que el acuerdo adquiere ambas características: es voluntario, puesto que ningún estado está forzado a cooperar con Estados Unidos, en ejercicio de su soberanía; pero es obligatorio, puesto que, como se estableció en capítulos previos, ese país tiene múltiples mecanismos de coerción para lograr la cooperación internacional en la aplicación de *FATCA*, y de manera más concreta, una vez entrado en vigor el acuerdo, a través de las sanciones económicas a las instituciones financieras en caso de no compartir información al IRS.

Establecía la autora Imre Zajtay en el documento de nombre “*Reception of Foreign Laws and Unification of Law*”²⁵¹ que uno de los factores a considerar cuando se aplicaba derecho extranjero en otra nación, era el de la unificación. O al menos, ese era uno de sus objetivos o consecuencias. Por unificación se entiende que ambos estados estrecharan lazos y por supuesto, que compartieran instituciones jurídicas similares. En el contexto de *FATCA* y las relaciones México-Estados Unidos lo anterior parece inviable.

Esto se debe a que, a pesar de la cercanía geográfica, ambos países tienen diferente idioma, economías asimétricas, distintos sistemas legales, niveles de cumplimiento con el estado de derecho dispares, por no mencionar culturas ajenas entre sí, como la sajona y la latina. Si este fuera

²⁵⁰ Chavira Villagómez, Ricardo, “La recepción del derecho Romano en México”, *Ponencia-Resumen, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*, México, (s.f.), <https://www.ehu.es/documents/3012743/4522505/Chavira-Villagomez-Ricardo.pdf>

²⁵¹ Zajtay, Imre, “Reception of Foreign Laws and Unification of Law”, *Lousiana Law Review*, E.U.A., vol. 35, 1975

el criterio, sería más viable y exitoso el acuerdo entre Estados Unidos y Canadá.

Asimismo, dicha autora establecía que, en la recepción de derecho extranjero, existían diversos factores que ejercían influencia decisiva en el éxito de su inserción local.

Por principio de cuentas, uno de los principales factores en la recepción lo era el político. Así ocurría en la recepción del código francés en varios países, *antes* de la caída del impero Napoleónico. O la recepción del derecho inglés en la India. Este factor explica la recepción como un elemento de poder o dominancia de un estado sobre el otro.

En el contexto de *FATCA*, es claro que el factor político es un elemento fundamental para la recepción de este acuerdo en nuestro sistema legal. La autora daba como ejemplo la recepción del derecho alemán y suizo en Turquía, y la razón de esto era que los líderes turcos pretendían “occidentalizar” el derecho de su país.

Otro factor de importante peso en la recepción del derecho extranjero era el del entrenamiento de juristas, de hecho, la autora lo consideraba como un factor esencial. En múltiples casos históricos, los expertos en el derecho han sido la vía para insertar derecho extranjero; se citan como ejemplos jueces japoneses que estudiaron derecho francés a fines del siglo XIX y principios del XX, para posteriormente aplicarlo en sus cortes. Otro ejemplo, también de Turquía, era sobre estudiantes de derecho turcos en Suiza, que posteriormente ocuparon cargos gubernamentales en su país de origen, occidentalizando a ese país, como se estableció líneas arriba.

Eso mismo ocurre en nuestro país con referencia a la reforma judicial implementando los juicios orales e impulsada con la iniciativa Mérida.²⁵² En

²⁵² Nacida en 2007 como apoyo principalmente militar, y en 2011 con apoyo en implementación de la reforma judicial y estado de derecho, proveniente del gobierno estadounidense a través de la agencia gubernamental USAID.

este caso, la principal herramienta para la implementación del sistema adversarial recae primordialmente en capacitadores, tanto estadounidenses como mexicanos entrenados previamente en ese país, replicando los casos previos de Turquía y Japón. En este sentido, el entrenamiento de juristas ha sido primordial para la inserción de esa porción del sistema del common law en nuestro país.

En el caso de *FATCA*, no se conoce, como con la iniciativa Mérida, de ningún esfuerzo de capacitación de juristas con conocimientos de derecho fiscal internacional o de derecho fiscal estadounidense, ni mucho menos de forma masiva. Existen publicaciones especializadas provenientes de la iniciativa privada, como asociaciones de contadores o consultores privados, que han diseminado en la medida de lo posible la implementación de *FATCA*, y principalmente por motivos profesionales y de lucro, es decir, para brindar asesoría a aquellos afectados por el acuerdo. Pero estos esfuerzos de difusión no vienen por parte del gobierno federal, principal promotor del acuerdo *FATCA*, ni se percibe un esfuerzo de capacitación desde el gobierno estadounidense.

Si no existe difusión masiva sobre la operación de *FATCA*, especialmente sobre los principales afectados, las *US persons*, poco se podría esperar entonces con relación a su cumplimiento. En el caso de Estados Unidos, el *IRS* se encarga de dar a conocer a la población sus obligaciones tributarias, poniendo a su disposición en su portal de internet manuales didácticos y descargables, prácticamente de cada uno de los rubros de impuestos, de manera que puedan cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma, y con un lenguaje y descripciones que permiten a la ciudadanía realizar sus propias declaraciones sin necesidad de contratar especialistas de impuestos.

Es muy común que los estadounidenses en México desconozcan toda la carga tributaria que su país de origen les impone cuando radican en el

extranjero, y el SAT no se los hace más simple, tomando en cuenta el volumen de la diáspora estadounidense en nuestro país, por no mencionar que México se obligó con Estados Unidos a promover y ejecutar *FATCA*. En este rubro, el acuerdo no pasaría la prueba de capacitación o difusión en cuanto a su recepción en el país de destino.

Un último aspecto crítico que esta autora establecía, es de aspecto técnico, pero de relevancia absoluta. Se refiere a la necesidad de producir una traducción exacta de las disposiciones legales extranjeras que van a aplicarse en otro país. Su carencia puede derivar en divergencias sustanciales de aplicación del derecho extranjero.

Lo anterior se cumple con *FATCA*. El título dado al acuerdo, del inglés *Agreement between the Department of the Treasury of the United States of America and the Ministry of Finance and Public Credit of the United Mexican States to improve international tax compliance including with respect to FATCA*, se ha traducido como: *Acuerdo entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América para mejorar el cumplimiento fiscal internacional incluyendo respecto de FACTA*.

Esta traducción, si bien se apega literalmente al título en inglés, en español tiene obvios errores gramaticales. Más importante aún, el propio título en inglés es invasivo, puesto que el término “to improve international tax compliance” se adjudica atribuciones que no tiene, puesto que *FATCA* sólo se enfoca en aumentar la recaudación de Estados Unidos; no implica “mejorar el cumplimiento fiscal internacional”.

Otro ejemplo de discrepancias de lenguaje, dentro del mismo texto del acuerdo, es el artículo 4, titulado *Application of FATCA to Mexican Financial Institutions*, que establece en el párrafo 2 el subtítulo “*Suspension of Rules Relating to Recalcitrant Accounts*”; en la versión en español se ha traducido como “*Suspensión de Reglas Relacionadas con Cuentas Recalcitrantes*”.

Atendiendo a la traducción literal del término “recalcitrante”, en el idioma inglés tiene dos significados, el de “reacio” y el de “no cooperador”. En el español solo se traduce como “reacio” u “obstinado”²⁵³; evidentemente el texto en inglés se refiere a titulares de cuentas o instituciones financieras que no reporten la información requerida, es decir, que no cooperen. En la versión en español aparece como “obstinado”. El acuerdo traducido continúa empleando términos inconsistentes a lo largo del documento.

Si se va a aplicar derecho extranjero en México, lo mínimo que podría esperarse es que se emplee adecuadamente el lenguaje del país receptor, no imponer también el lenguaje del país exportador del derecho, puesto que esos términos carecen de sentido en el primero, y como es sabido, en materia fiscal no cabe la analogía como método de interpretación y se privilegia el sentido literal del término.

En el artículo denominado “*The Technique of reception of a foreign code of law*”²⁵⁴, el autor establece que para que exista una recepción exitosa de una ley extranjera, esta debe ser clara y fácil de usar, y prever las muchas posibilidades que surjan en su aplicación. Dice, además, que dicha ley debe “impresionar al país receptor reflejando un ideal de justicia que corresponda a sus propias aspiraciones”. Además, debe ser concordante con las necesidades del país receptor, y esta condición solo se consigue cuando existe algún grado de similitud en las estructuras sociales entre este y el país exportador de la ley.

Para lograr lo anterior, que es más fácil de describir que de alcanzar, el autor establece que debe existir una prolongada investigación sobre la factibilidad de su aplicación, pues si se legisla demasiado rápido, se requerirá más tiempo para enmendar y corregir la ley “exportada”. Ninguno

²⁵³ Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [15/04/2020].

²⁵⁴ Postacioglu, I.E., “The Tecnique of reception of a foreign code of law”, *International social science bulletin*, IX, 1, 1957, p.p..54-60,

de esos principios concuerda con la aplicación de *FATCA*, por varias razones arriba mencionadas. No es clara ni fácil de usar, no prevé las consecuencias de su aplicación y aún no es específica sobre cómo se va a llevar a cabo una parte fundamental como lo es el cobro coactivo de créditos fiscales extranjeros; tampoco refleja ideales de justicia concordantes entre México y Estados Unidos; como se ha mencionado, el origen de *FATCA* fue la crisis económica estadounidense de 2009 y su objetivo era paliar el desempleo en ese país, no en el nuestro. En general, no coincide con las necesidades más apremiantes de México y básicamente no existen muchas similitudes en las estructuras sociales de ambas naciones.

2. La implementación de FATCA bajo las leyes administrativas mexicanas

La ejecución del acuerdo *FATCA* se contempla, en el derecho mexicano, en diversas leyes administrativas y fiscales, incluyendo el Código Fiscal de la Federación, las reglas de carácter general emitidas por el Servicio de Administración Tributaria, y los anexos correspondientes de las misceláneas fiscales, entre otros.

2.1. FATCA en el Código Fiscal de la Federación

Por principio de cuentas, el Código Fiscal establece en su artículo 32 B fracción V la obligación a las entidades financieras de obtener la información de contacto de personas físicas o jurídicas residentes en el extranjero, incluyendo nombre, nacionalidad, denominación o razón social, correo electrónico, teléfono, RFC o equivalente extranjero. En términos simples, este numeral obliga a las entidades financieras (y sociedades cooperativas de ahorro y préstamo) a buscar y rastrear extranjeros para fines fiscales. Lo anterior es relevante en el sentido en que se da un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros por la misma autoridad administrativa, lo cual es violatorio de la constitución y mismo argumento por el que varios países se niegan a integrarse a *FATCA*.

El trato diferenciado consiste en el uso de que se da a la información que se obtiene. En el caso de los nacionales, la información la recibirá la autoridad fiscal mexicana, la cual la empleará sólo cuando tenga sospecha fundada de incumplimiento o desobediencia fiscal. En el caso de los estadounidenses, la información es entregada a un gobierno extranjero, el cual le dará el uso discrecional que este decida, saliendo del control de la autoridad mexicana, pero considerando que el extranjero en cuestión radica en nuestro país y es protegido por nuestras leyes.

En capítulos anteriores se ha establecido que, un principio del derecho fiscal estadounidense, al igual que el mexicano, es el de la presunción de inocencia de los contribuyentes, es decir, se les considera en cumplimiento y voluntariamente ellos declararán ingresos y pagarán los tributos correspondientes. Pero en el caso de los estadounidenses fuera de su territorio esta presunción desaparece, es por ello que se fuerza la obtención de su información financiera, situación que se ha impugnado ante sus propios tribunales, como se ha analizado anteriormente.

Por su parte, el artículo 32-B BIS impone la obligación a instituciones financieras residentes en México o extranjeras con sucursal en el país, de reportar cuentas bancarias extranjeras estadounidenses o no, al SAT. Esta obligación se encuentra también dentro del marco del llamado “*Common Reporting Standard*” en el seno de la OCDE, que entró en vigor, coincidentemente, prácticamente de manera simultánea con *FATCA*, con un par de años de diferencia.²⁵⁵

El mismo artículo establece que las sanciones por no declarar la existencia de estas cuentas a la autoridad son las mismas en los casos establecidos en el artículo 81, fracción I, es decir, por la omisión en presentar declaraciones en general. Adicionalmente, las instituciones

²⁵⁵ En el artículo 32 B BIS se establece el “Estándar para el Intercambio Automático de Información sobre Cuentas Financieras en Materia Fiscal, referente a la recomendación de la OCDE del 15 de Julio de 2014.

financieras deben llevar un registro especial y separado de las cuentas extranjeras; lo anterior es sancionable como infracción por no llevar contabilidad. El numeral citado hace referencia a los intercambios automáticos de información establecidos en acuerdos interinstitucionales para tal efecto, como lo es *FATCA*.

Citado con anterioridad, el artículo 69-A establece la asistencia en el cobro y recaudación de créditos fiscales extranjeros, en términos de los tratados que México haya firmado, y bajo el referido concepto de reciprocidad. Como se ha mencionado, si lo anterior implica convertir sanciones por omisión fiscal al gobierno estadounidense al proceso de cobro coactivo contemplado en las leyes mexicanas aplicables, eso significaría la implementación de actos de molestia en contra de estadounidenses en el país, incluyendo embargos precautorios, congelamiento de cuentas bancarias e incluso aplicación de penas privativas de libertad. Esta etapa de cobro de créditos fiscales extranjeros, así como su factibilidad, se analizan más adelante.

La ejecución de *FATCA* está fundamentada en el Código Fiscal de la Federación, a pesar de las irregularidades de entrada en vigor, implementación y puesta en práctica descritas previamente.

A pesar de que México es miembro del *CRS*, y las obligaciones de asistencia fiscal son similares a las contraídas en *FATCA*, ambos instrumentos son separados y tienen fines divergentes. En el caso de *FATCA*, que es el objeto de este trabajo y no el *CRS*, las múltiples irregularidades del acuerdo analizadas hacen su total implementación complicada, gravosa y susceptible de la defensa jurídica de los afectados.

2.2. FATCA en las resoluciones misceláneas en materia fiscal

Las resoluciones misceláneas fiscales están contempladas en el propio Código Fiscal de la Federación, artículo 33, fracción I, inciso g, el cual establece la asistencia a los contribuyentes a través de poner a su

disposición las resoluciones de las autoridades fiscales, con el fin de “facilitar el conocimiento” de sus disposiciones de carácter general, las cuales tienen un rango inferior a la ley.

Con relación a *FATCA*, los anexos 25 y 25 BIS de la miscelánea fiscal contemplan de manera detallada las múltiples obligaciones a las “entidades sujetas a reportar”. Es relevante analizar de manera puntual algunas de las disposiciones de estos anexos, los cuales hacen referencia en varias ocasiones a regulaciones fiscales estadounidenses de aplicación directa en el país, a las obligaciones a entidades financieras mexicanas y a la propia SHCP, a las sanciones derivadas del incumplimiento y omisión, a declaraciones fiscales bajo formatos extranjeros, a leyes en idioma distinto al español, así como a números de identificación de impuestos distintos al mexicano RFC.

2.2.1. Voluntariedad u obligatoriedad de FATCA

Por principio de cuentas, se analiza si *FATCA* contempla cooperación voluntaria u obligatoria. Se toma la siguiente muestra del texto de la regulación citada:

Artículo 4

Aplicación de FATCA a las Instituciones Financieras de México

1. Tratamiento de las Instituciones Financieras de México Sujetas a Reportar. Se considerará que cada Institución Financiera de México Sujeta a Reportar cumple con lo establecido en la sección 1471 del Código de Rentas Internas de EE.UU. y no está sujeta a la retención en ella establecida, si la Secretaría de Hacienda de México cumple con sus obligaciones de conformidad con los Artículos 2 y 3 de este Acuerdo respecto de dicha Institución Financiera de México Sujeta a Reportar y ésta, de conformidad con la legislación mexicana y disposiciones administrativas:

a) identifica las Cuentas Reportables a EE.UU. y reporta anualmente a la Autoridad Competente de México la información requerida para ser reportada de conformidad con el subapartado 2(a) del Artículo 2 de este Acuerdo en el tiempo y forma descrito por el Artículo 3 de este Acuerdo;

Las instituciones financieras son llamadas, en términos del acuerdo, como “*FFIs*” o *Foreign Financial Institutions*, y comprende a bancos, fondos de inversión, instituciones de depósitos, ciertas compañías de seguros, entre

otros. Del lenguaje en el anexo de la miscelánea, se deriva una contradicción del *FATCA*; por una parte, establece que la cooperación de las entidades financieras es voluntaria, pero por otro contempla los mecanismos de obligatoriedad para que el IRS reciba la información sensible de sus ciudadanos y residentes. En términos simples, el numeral citado establece que las entidades financieras no serán sujetas a retención por transacciones financieras a Estados Unidos, siempre y cuando ocurran dos supuestos: que la SHCP “cumpla con su obligación” de requerirlas de información sensible para posteriormente enviarla al *IRS*, y que estas se den a la tarea de rastrear a las *US persons*, y una vez identificadas, reportarlas al SAT. Se concluye entonces el carácter obligatorio de la cooperación tanto para el gobierno mexicano como para sus entidades financieras.

En caso de que la entidad financiera identifique *US persons*, pero no hubieren ocurrido transacciones a Estados Unidos o no hubiere movimientos, las disposiciones fiscales imponen una obligación positiva de declarar de todas maneras, esta vez en ceros, como lo establece el inciso b), de las *Disposiciones adicionales para la generación de información respecto de las cuentas y los pagos a que se refiere el Apartado I, inciso a) del presente Anexo*;

En el supuesto de que por el periodo reportable de que se trate, las Instituciones Financieras de México Sujetas a Reportar no tengan operaciones que reportar deberán presentar, a través del Buzón Tributario, una manifestación bajo protesta de decir verdad conforme a la ficha de trámite 238/CFE “Reporte Anexos 25 y 25-Bis de la RMF sin Cuentas Reportables (reporte en ceros)”, contenida en el Anexo 1-A.

Lo anterior aumenta entonces las obligaciones tributarias de estas instituciones puesto que en realidad debe reportar la existencia o ausencia de operaciones hacia Estados Unidos a través del juramento citado.

2.2.2. La legalidad del uso de “reglas generales”

Los anexos se refieren en varias ocasiones a regulaciones extranjeras concretas. En el Apartado II del anexo 25, bajo el subtítulo denominado *Aplicación de las Regulaciones del Tesoro de EE.UU.*, se establece lo siguiente:

Las referencias a las Regulaciones del Tesoro de EE.UU. aplicables deberán entenderse efectuadas a las Secciones, que para cada caso se indiquen, de las *Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities*, emitidas por el IRS, publicadas en el *Federal Register* de dicho país el 28 de enero de 2013, o de aquéllas que las modifiquen o sustituyan.

Dos conclusiones derivan de lo anterior. La primera respecto al alcance de una “regla general”. La segunda respecto a la validez de una legislación en un idioma distinto al español. Con relación a la primera, cabe mencionar que el *Federal Register* es en realidad el vehículo de comunicación oficial sobre leyes y reglamentos del gobierno estadounidense, equivalente al Diario Oficial de la Federación Mexicano.

En otras palabras, la miscelánea, que como se comentó anteriormente es un compendio de *reglas generales* de aplicación de leyes federales, muestra la extralimitación de estas reglas al extenderlas a disposiciones fiscales extranjeras con aplicación nacional. En concreto, las reglas generales son las que determinan concurrencia entre leyes federales y estatales²⁵⁶ y dicta la jurisprudencia que estas leyes generales son determinadas por el Congreso de la Unión y expresamente establecidas en la Constitución. Toda ley general que no esté prevista en la Carta Magna adolece de vicios de validez, y es el caso de varias de ellas. En lo relativo a las reglas generales contenidas en la miscelánea, carecen de aprobación previa por el congreso.

2.2.3. Uso de idioma extranjero en las misceláneas fiscales

²⁵⁶ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Qué caracterizamos bajo la locución “leyes generales”: tratados internacionales de derechos humanos y estructura jerárquica del sistema jurídico mexicano*, México, Distrito Federal, 2012, p. 11.

Con relación al lenguaje extranjero, los anexos citan de manera repetida, legislación federal estadounidense. Aunado al ejemplo anterior, se encuentran los siguientes:

Bajo el título *Definiciones aplicables de las Regulaciones del Tesoro de EE.UU.*, inciso s), se establece:

“Para los efectos del Apartado I, Artículo 4, párrafo 7 del presente Anexo, se utilizarán las definiciones previstas en las siguientes Regulaciones del Tesoro de EE.UU.: 1. Sección § 1.1471-1”²⁵⁷. Al revisar la legislación estadounidense citada, que pertenece al llamado *Code of Federal Regulations*²⁵⁸, se establece lo siguiente:

(a) Scope of chapter 4 of the Internal Revenue Code. Sections 1.1471-1 through 1.1474-7 provide rules for withholding when a withholding agent makes a payment to an FFI or NFFE and prescribe the requirements for and definitions relevant to FFIs and NFFEs to which withholding will not apply.

Lo anterior se traduce como:

“(a) Alcance del capítulo 4 del Código de Rentas Internas. Las secciones 1.1471-a 1.1474-7 establecen reglas para la retención cuando un agente retenedor realiza un pago a una entidad financiera extranjera (FFI) o a una entidad no financiera extranjera (NFFs) y establece los requisitos y definiciones relevantes para las que no les aplique retención.”

Relativo a la inserción de porciones del código fiscal estadounidense dentro de los anexos de la miscelánea, y disponibles sólo en idioma inglés, cabe analizar lo que determina el derecho y doctrina mexicanos respecto al idioma de las leyes.

Tradicionalmente se considera que una lengua oficial es aquella utilizada en la constitución del país, en el resto de sus leyes y en los actos

²⁵⁷ el símbolo § se entiende por “section”, y en el derecho estadounidense se refiere a una unidad de división dentro de un código.

²⁵⁸ El *CFR*, o *Code of Federal Regulations*, es una publicación de leyes federales y permanentes publicadas en el *Federal Register*, emitidas por diversas dependencias administrativas estadounidenses, y cubren 50 áreas de derecho federal.

públicos.²⁵⁹ También se le considera a aquella de uso entre la población, y sobre todo, la de la administración de la justicia.

A pesar de que el idioma español no lo establece la constitución como el lenguaje oficial del país, si se le hace referencia en diversos cuerpos normativos. La *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas*, establece, en el artículo cuarto: “*Las lenguas indígenas que se reconozcan en los términos de la presente Ley y el español son lenguas nacionales por su origen histórico...*”. En materia de derecho procesal, el Código Federal de Procedimientos Civiles establece el requisito de traducir documentos presentados en idioma extranjero.²⁶⁰ Más aún, el artículo 271, del mismo ordenamiento, no deja lugar a dudas: “*Las actuaciones judiciales y promociones deben escribirse en lengua española. Lo que se presente escrito en idioma extranjero se acompañará de la correspondiente traducción al castellano.*”

En otros cuerpos de leyes, como en las normas oficiales mexicanas y en la propia Ley Federal de Protección al consumidor, se reitera el uso del español en materia de contratos de adhesión:

“ARTÍCULO 73 TER.- El contrato que se pretenda registrar en los términos del párrafo segundo del artículo 73, deberá cumplir al menos, con los siguientes requisitos: ...F. II. Estar escrito en idioma español, sin perjuicio de que puedan ser expresados, además, en otro idioma. En caso de diferencias en el texto o redacción, se estará a lo manifestado en el idioma español;”²⁶¹

El Reglamento de La Ley de Inversión extranjera se expresa en términos similares respecto de “documentos públicos extranjeros”. Establece el artículo 8, fracción II, segundo párrafo: “*Los documentos que se*

²⁵⁹ Montes de Oca, María del Pilar, “¿Porqué en México no existe una lengua oficial?”, *Excelsior*, México, 12/06/2018

²⁶⁰ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Código Federal de Procedimientos Civiles, México, art. 132,

²⁶¹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley Federal de Protección al Consumidor, México, art. 73 TER.

presenten en un idioma distinto al español deberán acompañarse con su traducción hecha por perito traductor”.

En igual sentido se expresa la Ley Federal del Trabajo, con relación al proceso laboral, artículo 809: *“Los documentos que se presenten en idioma extranjero deberán acompañarse de su traducción...”.*

De manera similar, múltiples leyes, tanto federales como estatales, se refieren reiteradamente al requisito de convertir al español documentos legales en idioma extranjero. Todos los casos anteriores de legislación federal mexicana confirman la primacía del idioma español en nuestro país.

Dice el jurista Diego Valadés²⁶²: *“Lengua oficial es la que adoptan de manera formal los órganos del Estado para sus actuaciones, y se dispone que sea utilizada en las relaciones jurídicas de los gobernados entre sí y de los gobernados con los órganos del poder;”.* La inclusión, o referencia a idioma extranjero de términos técnico-fiscales y referente a legislación de otro país aplicable en México es antijurídica y se puede decir, en términos de derecho constitucional, que deja a los afectados en *estado de indefensión*, en el sentido que les impide una adecuada defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial, en términos de la RAE, la cual establece también: *“Da lugar a la nulidad de lo actuado y es motivo para recurrir las resoluciones judiciales y también las administrativas”.*²⁶³

En el caso de Estados Unidos, el idioma inglés es la lengua oficial de 32 estados, y a nivel nacional es utilizado en toda la legislación federal, tratados internacionales, órdenes ejecutivas, sentencias y pronunciamientos gubernamentales. Debido a su composición multiétnica, en claro contraste con la nuestra, algunos actos gubernamentales admiten

²⁶² Valadés, Diego, “La lengua oficial y las lenguas nacionales en México y en derecho comparado”, *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 516.

²⁶³ Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [22/04/2020].

el empleo de idiomas extranjeros, como boletas electorales, y algunos estados, como Lousiana ofrece servicios públicos en inglés y español, al igual que Puerto Rico. No se reconoce, sin embargo, la aplicación de derecho extranjero en suelo estadounidense, en su idioma original. Cuando se trata de cooperación judicial internacional, es obligatorio en su derecho procesal la traducción oficial y la apostilla.²⁶⁴

La irregularidad del uso de un idioma extranjero en legislación federal mexicana aúna a la serie de violaciones, menores y significativas, de la implementación de *FATCA* en nuestro país.

2.2.4. Formas fiscales y preparadores de impuestos.

En el mismo sentido se encuentra la solicitud o requerimiento de la presentación de formas fiscales extrañas al sistema legal mexicano. En repetidas ocasiones, los anexos de la miscelánea de referencia aluden a las formas fiscales “W-8”, o “W-9”, según corresponda, mismas que deben presentarse al “IRS”. La primera de ellas se refiere a una declaración jurada que realiza un extranjero al gobierno estadounidense, sobre ingresos percibidos en ese país, y el cumplimiento con el correspondiente pago de impuestos. Esta declaración se utiliza con fines de evitar la doble tributación por ingresos, incluyendo el de la renta, pero también por regalías o dividendos, entre otros, tanto a México como a Estados Unidos, en este caso. La forma “W-8 BEN E” también se refiere a reportar ingresos al fisco estadounidense, pero esta vez por parte de empresas.

La forma W-9 se refiere a las denominadas *US persons*, ciudadanos o residentes, obligados a reportar al IRS, y por medio de esta forma le indican como identificarlos, ya sea a través de su *social security number*, *SSN*, (número de seguro social), su *taxpayer identification number TIN* (número de contribuyente, que puede ser el propio *SSN* o, en caso de no poder obtenerlo,

²⁶⁴ United States Department of State, *Apostille Requirements*, E.U.A., (s.f.), <https://travel.state.gov/content/travel/en/records-and-authentications/authenticate-your-document/apostille-requirements.html>

un *ITIN*, *Individual Taxpayer Identification Number*, disponible para extranjeros) o *employer identification number*, *EIN* (número de contribuyente para empresas).

En las anteriores obligaciones extranjeras observamos que se hacen llegar a todos aquellos afectados a través del vehículo oficial de divulgación mexicano que son las misceláneas fiscales, por medio del Diario Oficial de la Federación. Sin embargo, múltiples complicaciones derivan de uso del canal utilizado, además de las ya citadas irregularidades.

Estas obligaciones tributarias son ajenas al sistema legal mexicano, a pesar de que se comunican a través de su medio de información oficial. El SAT no ofrece mayor orientación, disseminación, explicación o guía de estos requisitos del fisco estadounidense, por lo que su ejecución y cumplimiento voluntario se encuentran comprometidos debido a la información incompleta. Es frecuente que los estadounidenses en el país ignoren en su totalidad lo que son las misceláneas fiscales, ya desconocidas para la población nacional en su mayoría, por no mencionar que ignoran sus obligaciones tributarias para con el *IRS*, cuando se encuentran en el extranjero.

Adicionalmente a ello, la inclusión de estas regulaciones en las misceláneas fiscales, sin mayor orientación, dificultan el cumplimiento incluso para los asesores fiscales nacionales, para quienes son familiares las declaraciones contempladas en las leyes tributarias mexicanas, pero en su mayoría desconocen las formas descritas líneas arriba, por pertenecer al fisco estadounidense; y en el supuesto en que si dominaran aquella legislación, se les impone una dificultad adicional; en términos generales el *IRS* requiere que quien presenta declaraciones ante esa jurisdicción tenga el estatus de "*Tax Return Preparer*" o "preparador de declaraciones de impuestos", consistente en 3 variantes; el llamado "*Enrolled Agent*"; el "*Certified Public Accountant*" y el de "*Attorney*".

En el primer caso, se trata de un individuo, no necesariamente contador público certificado, pero con entrenamiento de al menos 72 horas por el propio IRS. En el segundo caso, se refiere a un contador público certificado por la autoridad regulatoria de alguno de los estados de Estados Unidos, y que haya acreditado el examen de contadores “*Uniform CPA Examination*”. En el tercer caso, se refiere a un abogado con licencia para litigar en alguna jurisdicción estadounidense, lo que lo faculta para ejercer derecho a nivel federal.²⁶⁵

Nada de lo anterior se menciona en la miscelánea o los anexos 25 y 25 Bis, lo que vuelve engañosa o confusa, por decir lo menos, la divulgación de información parcial en ese instrumento. En realidad las *US persons* que se encuentren en el supuesto de radicar en nuestro país, deben hacerse cargo de llevar dos contabilidades, la mexicana, por especialistas nacionales, y la estadounidense, por los llamados *Tax Return Preparers*, y de manera ideal, combinar habilidosamente ambas informaciones. Son limitados los profesionales de la contabilidad que dominan esos conocimientos, lo que vuelve onerosos sus servicios, por si no fuera suficiente.

2.2.5. El “TIN”

El llamado *TIN*, *Taxpayer Identification Number*, o número de identificación de impuestos se menciona en el anexo 25, en los términos siguientes:

Verificación del TIN de EE.UU.

m) Para los efectos del Apartado I, Artículo 2, párrafo 2, inciso a), subinciso (1) del presente Anexo, las Instituciones Financieras de México Sujetas a Reportar no estarán obligadas a verificar que el TIN de EE.UU. proporcionado es correcto;

²⁶⁵ Internal Revenue Service, *Understanding Tax Return Preparer Credentials and Qualifications*, E.U.A., 3 de noviembre de 2020, <https://www.irs.gov/tax-professionals/understanding-tax-return-preparer-credentials-and-qualifications>

Al respecto podemos mencionar que la recaudación de *FATCA* se basa, de manera muy importante, en la posibilidad de rastrear *US persons* contribuyentes a través del *TIN*. Como se ha establecido, el acuerdo requiere que las instituciones financieras soliciten los números *TIN* al abrir cuentas a *US persons*. En capítulos previos se ha citado el reporte de la autoridad estadounidense *Treasury Inspector General for Tax Administration*, encargada de auditar los resultados, en términos de recaudación global por *FATCA*. El mismo reporte estableció:

The reports filed by the FFIs did not include (or included invalid) Taxpayer Identification Numbers (TIN). As a result, the IRS's efforts to match FFI and individual taxpayer data were unsuccessful, which affected the IRS's ability to identify and enforce FATCA requirements for individual taxpayers...

...There were 62,398 Tax Year 2015 Forms 1042-S with invalid TINs reporting more than \$717 million, of which just over \$47 million was withheld.

Traducido como:

“Los reportes de las instituciones Financieras Extranjeras (FFIs) no incluían (o los incluían inválidos) números de identificación de impuestos *TIN*. Como resultado, los esfuerzos del IRS para hacer corresponder la información de las FFIs con los datos de los contribuyentes fueron infructíferas, lo que ha afectado la capacidad del IRS para identificar y hacer cumplir los requisitos de *FATCA* para los contribuyentes individuales...

...En 2015 hubieron 62,398 formas 1042-S con *TINs* inválidos, las cuales reportaron \$717 millones, de los cuales sólo se retuvieron \$47 millones.”

El análisis de la auditoría estadounidense a los resultados recaudatorios de *FATCA* es revelador en cuanto al alcance y logro de su objetivo original: el aumento en la recaudación extranjera, la que ha quedado mucho a deber como se deriva del reporte citado. La miscelánea fiscal establece que no es obligatorio para las *FFIs* cerciorarse de la validez de los *TINs*, en realidad porque sería irreal exigirles a bancos mexicanos, como hipótesis, que además de rastrear *US persons*, también se den a la tarea de verificar la autenticidad de dichos números, simplemente porque carecerían de las herramientas para hacerlo. Si a eso se aúna que las *US persons* tengan pocos incentivos para el cumplimiento con sus múltiples

obligaciones fiscales si radican en el extranjero, se comprueba lo que la autoridad auditora estadounidense revela, que el volumen de declaraciones fiscales incompletas es sustancial, derivando en una recaudación de alrededor al 5% de lo reportado mundialmente.

Los números *TIN* estadounidenses han demostrado ser ineficientes a la hora de rastrear a sus verdaderos dueños, y con frecuencia derivan en situaciones injustas, antijurídicas o permiten la evasión citada arriba. En un sentido opuesto, si logran recaudación, pero de quien no debieran permitirla; es el caso de los inmigrantes ilegales en Estados Unidos, que declaran impuestos al IRS con números *TIN* falsos o que no corresponden a ellos, pero que el gobierno de ese país admite, y como resultado (injusto) esos inmigrantes pagan impuestos de seguridad social sin tener nunca acceso a ella, pues su estatus no se los permite. Se calcula que en 2010 existían alrededor de 1.8 millones de inmigrantes ilegales trabajando con *TINs* falsos²⁶⁶, que contribuyeron \$13 mil millones a fondos de retiro, a los cuales no tenían acceso.

Si los anexos de la miscelánea establecen que verificar la autenticidad de los *TINs* no es indispensable, *FATCA* está operando con deficiencias desde el principio.

2.2.6. El rastreo de “US persons”

Establece el anexo que las instituciones financieras mexicanas deben realizar búsquedas en sus bases de datos con el fin de ubicar a *US persons* con cuentas superiores a los cincuenta mil dólares americanos, siguiendo los parámetros siguientes:

- a) Identificación del Cuentahabiente como ciudadano o residente en EE.UU.;
- b) Indicación inequívoca de un lugar de nacimiento en EE.UU.;
- c) Dirección actual para recibir correspondencia o de residencia en EE.UU. (incluyendo apartado de correos en EE.UU.);
- d) Número telefónico actual en EE.UU.;

²⁶⁶ Fernández Campbell, Alexia, “The Truth About Undocumented Immigrants and Taxes”, *The Atlantic*, Estados Unidos, 12 de septiembre de 2016

- e) Instrucciones vigentes para transferir fondos a una cuenta mantenida en Estados Unidos;
- f) Poder de representación legal o autorización de firma, efectivamente vigente otorgado a una persona con dirección en EE.UU.; o
- g) Una dirección “a cargo de” o de “retención de correspondencia” que sea la única dirección que la Institución Financiera de México Sujeta a Reportar tenga en los archivos del Cuentahabiente. En el caso de una Cuenta Preexistente de Persona Física que sea una Cuenta de Bajo Valor, una dirección “a cargo de” fuera de Estados Unidos o “de retención de correspondencia” no deberá considerarse como indicio de EE.UU.

Lo anterior convierte a las instituciones financieras y empleados bancarios mexicanos en agentes sin paga al servicio del *IRS*. En otras naciones, en las que el cumplimiento de *FATCA* ha sido más estricto, los bancos rastrean a estas *US persons*, en las formas descritas y otras más, y una vez que los encuentran, comienzan a requerirlos de proveerles información privada como su pasaporte y números *TIN*, pues de no hacerlo, estos bancos enfrentan sanciones económicas onerosas por parte del gobierno estadounidense. En algunos casos los bancos han llegado al extremo de condicionar a sus clientes con indicios de ser *US persons* de revelarles sus *TINs* o congelarles sus cuentas de manera automática. Es el caso de Holanda, en donde los bancos locales al determinar que ciertas personas pueden ser norteamericanas, no sólo les congelan cuentas, sino que les niegan todo tipo de servicios.²⁶⁷

Una forma de determinar el estatus o no de *US person*, es a través del llenado de formas a que los bancos someten a los extranjeros con indicios de tener origen estadounidense. Entre todas las formas que deben firmar, se incluyen cuestionarios por los cuales el extranjero en cuestión, *de manera voluntaria*, provee de información referente a sus nacionalidades, incluyendo revelar el *TIN* si es estadounidense, al control que ejerza dentro

²⁶⁷ El banco ABN AMRO, de Holanda, reportado como el principal de ese país, ha incurrido en estas prácticas. Burggraf, Helen, “Uproar as some Dutch banks begin freezing accounts of Americans lacking TINs”, *American Expat Financial News Journal*, Reino Unido, 8 de enero de 2020, <https://americanexpatfinance.com/news/item/346-uproar-as-dutch-banks-begin-freezing-accounts-of-americans>

de sociedades mercantiles nacionales según sea el caso²⁶⁸, y al final se mezclan las preguntas con una declaración jurada, que antecede el fundamento legal de dicho cuestionario y que se combina, de manera confusa, con la comúnmente utilizada leyenda de “protección de datos personales”. Lo anterior es la llamada *autocertificación*²⁶⁹ de FATCA, también utilizada para efectos de que otro país implemente medidas similares a Estados Unidos, a través del *common standard report* de la OCDE.

Se toma como ejemplo la siguiente información contenida en el documento *Formato de auto-certificación de personas físicas*, de la empresa financiera New York Life/Seguros Monterrey²⁷⁰

Declaro bajo protesta de decir verdad, que la información presentada en éste documento fue proporcionada por el suscrito, es real y cierta; y autorizo a **Seguros Monterrey New York Life S.A de C.V.**, a utilizar esta información para los fines que establece el Artículo 32-B Bis del Código Fiscal de la Federación, de conformidad con el Acuerdo entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América para mejorar el cumplimiento Fiscal Internacional incluyendo respecto de FATCA publicado el 21 de agosto de 2014 en el Diario Oficial de la Federación por medio del Anexo 25 de la Resolución Miscelánea Fiscal, el Acuerdo Multilateral de Autoridad Competente (MCAA) firmado el 29 de octubre de 2014, el cual da origen al Estándar para el Intercambio Automático de Información Financiera (CRS por sus siglas en inglés) publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de Enero de 2016 por medio del Anexo 25-Bis de la Resolución Miscelánea Fiscal.

Autorizo expresamente a **Seguros Monterrey New York Life S.A de C.V.**, para tratar mis datos personales y datos personales sensibles que figuran en el presente formato, de conformidad con los términos de este consentimiento y las finalidades primarias descritas en el Aviso de Privacidad de SMNYL. Asimismo, acepto la responsabilidad de informar a los titulares los datos personales proporcionados en esta auto-certificación y las finalidades de su tratamiento.

²⁶⁸ En el supuesto en que sea accionista de sociedades mercantiles, el porcentaje de capital también es considerado para FATCA

²⁶⁹ Diario Oficial de la Federación, *Anexo 25 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020*, 17 de enero 2020.

²⁷⁰ “Formato de autocertificación de personas físicas.” Seguros Monterrey. 23 de abril de 2020, <https://www.mnyl.com.mx/sharedassets/pdf/normatividad/formato-de-auto-certificacion-de-personas-f%C3%ADsicas.pdf>

El texto menciona, en su primer párrafo, que la información obtenida del firmante será utilizada para los fines del Código Fiscal, *FATCA* y el *CRS*, pero no se advierte sobre las consecuencias de esa divulgación. En el segundo, se advierte que, lejos de guardar confidencialidad sobre la información revelada, como podría inferirse del texto, el firmante consiente en que la información será comunicada a los fiscos extranjeros, tal como lo establece el acuerdo y la propia miscelánea fiscal. Dificilmente los cuentahabientes extranjeros se darán a la tarea de indagar todas las consecuencias derivadas de su aceptación, por no mencionar que en su mayoría no tienen el entendimiento de la miscelánea y los acuerdos internacionales incluidos en ella.

2.2.7. Los términos “KYC” / “AML”

En múltiples ocasiones la miscelánea se refiere a los procedimientos “KYC/AML”, los cuales responden a los estándares estadounidenses “*know your customer*” y “*anti-money laundering*”. El primero tiene como origen los actos terroristas de 2001, que derivaron en múltiples regulaciones de seguridad en Estados Unidos, incluyendo la “Ley Patriota,”²⁷¹ la cual buscó equiparar y ligar el lavado de dinero a la gravedad del financiamiento al terrorismo. *KYC* consiste en el proceso de identificación y verificación de la identidad del cliente al abrirle una cuenta y corroborar dicha información a lo largo del tiempo, si este no cumple con estos requisitos, los bancos pueden rehusarse a tener relaciones comerciales con aquel.

Los requisitos de cumplimiento y verificación de *KYC* son incluso más exhaustivos que los de *FATCA*, puesto que incluyen verificación del rostro, de los documentos personales como los comprobantes de domicilio, así como de verificación biométrica.

²⁷¹ H.R.3162 - Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001

Con relación al segundo, *AML* se refiere no únicamente a “conocer al cliente”, sino a prevenir el lavado de dinero, financiamiento al terrorismo y otros delitos financieros como fraude accionario y manipulación de mercado. Entre las acciones que implementa se encuentran el rastreo de transacciones con monedas extranjeras, mecanismos de denuncias confidenciales, rastreo y confiscación de instrumentos monetarios, entre otros.

Si bien no existe duda de la necesidad actual de la implementación de ambos estándares *KYC/AML*, lo que incluso ha trascendido a leyes federales mexicanas como la Ley del Mercado de Valores y La Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, lo cierto es que ambos requisitos para la operación de las instituciones financieras no surgieron de necesidades locales, sino de Estados Unidos, y el hecho de colocar en la misma clasificación a los requisitos de *FATCA* (rastreo de estadounidenses) con los de *KYC/AML* (rastreo de lavado de dinero) coloca en el mismo supuesto de *criminalizar* la omisión de información de *FATCA* en la misma liga que los anteriores, en nivel extremo, u obtener los mismos beneficios en flujo de información de *KYC/AML* para *FATCA*, en un nivel más modesto.

De cualquier manera, en ambos casos se busca satisfacer intereses o necesidades de Estados Unidos, sin reciprocidad alguna, y se incurre nuevamente en el empleo de términos en idioma inglés.

CAPÍTULO CUARTO: EL ESTATUS, FUNDAMENTO LEGAL Y ALCANCE DE LA COLABORACIÓN ENTRE LOS MIEMBROS DE *FATCA*

I. LAS SANCIONES CONTEMPLADAS EN *FATCA* Y LOS SUJETOS PASIVOS DE SUS OBLIGACIONES

1. Las obligaciones de reporte contempladas en FATCA para las Instituciones Financieras Extranjeras, “Foreign Financial Institutions”

Bajo la legislación mexicana, el código fiscal, la ley del ISR y reglamento, así como los anexos 25 y 25 bis de la resolución miscelánea fiscal regulan los requisitos de reporte de información bajo *FATCA*. Estos consisten en que, entidades financieras extranjeras proporcionen la información de cuentas bancarias de *US persons*. Sin embargo, este mecanismo de comunicación incluye muchas variables, como distintas obligaciones dependiendo de la naturaleza jurídica de la entidad financiera (banco, fideicomiso); si ésta se pone en contacto directo con el fisco estadounidense o si lo hace en primera instancia con el fisco local; si ambos fiscos se transmiten la información de manera recíproca o si sólo uno de ellos lo hace; si la cuenta bancaria en cuestión corresponde a una persona física o jurídica; si, en el supuesto en que los fiscos se envíen información de manera recíproca, en realidad lo lleven a cabo o si sólo uno cumple con lo pactado, entre muchos otros factores que involucran la operación de *FATCA*.

Por principio de cuentas, existen dos tipos de acuerdo, denominados *modelo I* y *modelo II*²⁷². Bajo el modelo I, el acuerdo es (o debiera ser)

²⁷² Colegio de Contadores Públicos de México, “*FATCA: impactos para el sector financiero y los inversionistas en México*”, *Boletín de Investigación Comisión Fiscal*, México, 2013.

recíproco; el estado signatario colabora con el fisco de E.U.A. compartiéndole la información de referencia, solicitándole haga lo propio con los connacionales, de manera que ambos estados alcanzan a sus contribuyentes a través de la colaboración del otro.

Bajo el modelo II, el acuerdo es no recíproco; esto es, el estado signatario entrega la información solicitada por el fisco estadounidense, sin requerir a éste le comparta la misma información. De acuerdo con la página del *Departamento del Tesoro*²⁷³, al día de hoy el acuerdo se ha firmado con 113 jurisdicciones, de las cuales sólo Taiwán, Suiza, San Marino, Paraguay, Nicaragua, Moldova, Japón, Iraq, Hong Kong, Chile, Bermuda, Austria, y Armenia son *modelo II*. En estos casos los países se pueden ver impedidos, de acuerdo con sus leyes financieras y fiscales domésticas, de solicitar la referida información del fisco estadounidense. Bajo el *modelo II* también existe comunicación directa entre la institución financiera (*FFI*; “*Foreign Financial Institution*”) y el IRS, sin intermediar con el fisco local.

En el caso de México, el acuerdo es *modelo I*, que presupone reciprocidad, tanto en la información compartida como en los actos administrativos recaudatorios, pero que en la puesta en práctica es incierta, como se analizará más adelante. En términos generales, el país que se somete a *FATCA* se compromete a exigir a las instituciones financieras que busquen y rastreen indicios de *US persons*, y cuando esto ocurra, lo notifiquen a la autoridad fiscal doméstica, la cual lo retransmitirá al IRS, si no es *modelo II*. Y en el caso de que se trate de una entidad *no financiera*, como fideicomiso, deberá certificar que no tiene clientes o beneficiarios estadounidenses. La penalidad por desobedecer a esta regulación es el cobro del 30% a la *FFI*, del monto de la transacción sobre pagos de fuente de

²⁷³ U.S. Department of the Treasury, *Foreign Account Tax Compliance Act*, (s.f.), <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>

E.U.A., aunque dicha penalidad no es la única, sino que los propios funcionarios de la *FFI* pueden verse coaccionados a cooperar.

Con relación a la información que la *FFI* obtendrá de los clientes estadounidenses, el reto ha sido de grandes proporciones, e implica el cuidadoso manejo de información de datos personales que en ocasiones no se da en cumplimiento con la ley.

A continuación se analizan las principales obligaciones a las *FFI* en el derecho positivo mexicano; se añade comentario:

C.F.F. Art. 32-B. Las entidades financieras y sociedades cooperativas de ahorro y préstamo tendrán las obligaciones siguientes:

V. Obtener el nombre, denominación o razón social; nacionalidad; residencia; fecha y lugar de nacimiento; domicilio; correo electrónico, número telefónico, ... clave en el registro federal de contribuyentes, la que la sustituya o su número de identificación fiscal, tratándose de residentes en el extranjero ...

(al solicitar la información de referencia, *la FFI* se convierte en agente intermediario de una autoridad fiscal extranjera, sin costo para el IRS. La inversión por implementar estas medidas es cuantiosa para la *FFI*)

C.F.F. Art. 32-B Bis. Las personas morales y las figuras jurídicas, que sean instituciones financieras y sean residentes en México o residentes en el extranjero con sucursal en México, conforme al Estándar para el Intercambio Automático de Información sobre Cuentas Financieras en Materia Fiscal, a que se refiere la recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ... , estarán obligadas a implementar efectivamente y a cumplir con dicho Estándar. Para estos efectos, estarán a lo siguiente:

II. Se llevará un registro especial de la aplicación de los procedimientos para identificar cuentas extranjeras y reportables entre las cuentas financieras.

VII. Se impondrán las mismas multas de las infracciones previstas en el artículo 81, fracción I de este Código, a quien no presente la información a que se refiere el Estándar citado mediante declaración anual ante las autoridades fiscales, o no la presente a través de los medios o formatos que señale el Servicio de Administración Tributaria, o la presente a requerimiento de las autoridades fiscales.

VIII. Se impondrán las mismas multas de las infracciones previstas en el artículo 81, fracción II de este Código, a quien presente la declaración anual que contenga la información a que se refiere el Estándar citado incompleta, con errores o en forma distinta a lo señalado por dicho Estándar y las disposiciones fiscales.

IX. Se impondrán las mismas multas de la infracción prevista en el artículo 83, fracción II de este Código, a quien no lleve el registro especial a que se refiere la fracción II del presente artículo. La multa correspondiente será por cada cuenta financiera respecto de la cual no se lleve registro.

(El artículo precedente se refiere al mecanismo de la OCDE para compartir la información fiscal con todos los estados que se suscriben al *Common Reporting Standard* o *CRS*, por lo que el flujo de información entre los fiscos se convierte en global. Sin embargo y paradójicamente, E.U.A. no se suscribe al *CRS* y por tanto, no se obliga con otros, sólo se obliga bajo *FATCA*, y como se analizará más adelante, esa obligación tiene varias excepciones. Con relación al incumplimiento con la obligación de reporte, esta se castiga por el C.F.F. con las mismas sanciones que por omisión de declaraciones fiscales a todos los contribuyentes. En consecuencia, la desobediencia a compartir la información no sólo alcanza la penalidad del 30% por cada transacción a E.U.A., sino que también se castiga por la autoridad administrativa mexicana, llevando con ello dos castigos, pero no son los únicos; existen sanciones aún más severas todavía.

LISR. Art. 56. Los intermediarios financieros que intervengan en la enajenación de acciones realizadas a través de la Bolsa Mexicana de Valores ... , deberán informar al Servicio de Administración Tributaria, a más tardar el día 15 de febrero de cada año, ... , el nombre, Registro Federal de Contribuyentes, domicilio, así como los datos de las enajenaciones de acciones realizadas a través de la Bolsa Mexicana de Valores, ... efectuadas en el año de calendario inmediato anterior, ... , respecto de todas las personas que hubieran efectuado enajenación de acciones.

(Si el extranjero o *US person* opera en el mercado de valores mexicano a través de un intermediario bursátil, la información la conocerá el SAT mexicano, y a su vez, el IRS estadounidense)

LISR Art. 89. ...Los fondos de inversión a que se refiere este artículo, a través de sus operadores, administradores o distribuidores, ... , deberán informar al Servicio de Administración Tributaria, a más tardar el 15 de febrero de cada año, los datos contenidos en las constancias, así como el saldo promedio mensual de las inversiones en el fondo en cada uno de los meses del ejercicio, por cada una de las personas a quienes se les emitieron...

(Similarmente, si el extranjero o *US person* invierte en fondos de inversión, es decir, una inversión conjunta un múltiples instrumentos como acciones de empresas o bonos fijos, administrada por un banco, la información es reportada al SAT).

Artículo 192. Para promover la inversión en capital de riesgo en el país, se les dará el tratamiento fiscal establecido en el artículo 193 de esta Ley a las personas que inviertan en acciones emitidas por sociedades mexicanas residentes en México no listadas en bolsa al momento de la inversión, así como en préstamos otorgados a estas sociedades para financiarlas, a través de los fideicomisos en los que se cumplan los requisitos siguientes...

(Si el extranjero o *US person* invierte, no en el mercado de valores mexicano, sino en pequeñas sociedades de emprendimiento que no han alcanzado ese nivel, la información se reporta al SAT. Si lo hace a través de fideicomisos, instrumento ampliamente utilizado por extranjeros para eludir las limitantes de la Ley de Inversión Extranjera, la información se reporta al SAT también).

Reg. LISR. Art. 92. ...las administradoras de fondos para el retiro podrán cumplir con las obligaciones establecidas en dicha fracción, entregando anualmente al SAT, ... la siguiente información del trabajador afiliado: nombre, clave del registro federal de contribuyentes, domicilio, los intereses nominales y reales pagados que le correspondan durante el ejercicio, el monto de las retenciones efectuadas y el saldo en la cuenta individual del afiliado al último día hábil del ejercicio de que se trate.

(Un extranjero o *US person* con residencia en México y con ingresos por relación laboral de fuente en el país es sujeto de las mismas retenciones que el resto de los mexicanos, incluyendo la seguridad social. En ese sentido, la información también la obtiene el SAT y puede ser reportada).

Con relación a la “identificación de cuentas extranjeras”, existe un mecanismo totalmente regulado por las reglas 2.12.13 y 3.8.8 de la resolución miscelánea fiscal, en concordancia con los anexos 25 y 25 BIS.

Todas las instituciones financieras mexicanas, como los bancos de primer piso, ya sean de capital extranjero o nacional, están obligadas por las disposiciones fiscales arriba descritas a implementar laboriosas

búsquedas de investigación y clasificación de clientes, siendo la alternativa de no hacerlo altamente gravosa. Todas ellas deben someterse a los procedimientos estadounidenses *KYC* (*know your client*, “conoce a tu cliente”) y *AML* (*Anti-Money Laundry*, Anti-lavado de dinero) de búsqueda exhaustiva de información. Los costos por implementar estos protocolos extranjeros se calculan en millones de dólares, de los cuales el Tesoro estadounidense no aporta nada, que son financiados por las *FFI* pero trasladadas finalmente a los cuentahabientes, a través de elevar los costos por transacciones bancarias.

Para lograr el adecuado *compliance* con *FATCA*, las *FFI* obligadas han tenido que modificar toda su cadena de valor. En estas se incluyen no sólo los bancos, sino intermediarios bursátiles, fondos de pensión, aseguradoras, y por supuesto, fideicomisos. En términos generales, todas aquellas entidades jurídicas y financieras que acepten depósitos de *US persons*, administren activos financieros para otras entidades, o administren inversiones en valores a nombre de la *US person*²⁷⁴, están vinculados por *FATCA*.

Entre los requisitos, deben enviar reportes anuales al *IRS* con los datos de cada *US person*, el balance contable anual más elevado, así como los datos de sus cuentas de débito y crédito. Con relación a las empresas extranjeras, aquellas que no cotizan en la bolsa pero que poseen un 10% de capital estadounidense, deben reportar los datos de sus accionistas, junto con los referidos números de identificación de impuestos *TIN*.

Para las *US persons* con activos financieros superiores a 50,000 dólares, deben reportarlos al *IRS*, y esto incluye no sólo dinero en efectivo, sino ingresos como regalías, arrendamiento de propiedades, seguros,

²⁷⁴ Brodzka, Alicja, “The deadweight cost of implementation of the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA).”, *NAUKI O FINANSACH FINANCIAL SCIENCES*, Polonia, 2014, p.12., https://www.researchgate.net/publication/287846877_The_deadweight_cost_of_implementation_of_the_Foreign_Account_Tax_Compliance_Act_FATCA

pensiones, acciones de empresas, etc. Cuando se trata de cuentas preexistentes a *FATCA* (es decir, a cuando entró en vigor el acuerdo con el país en cuestión), la *FFI* debe rastrear exhaustivamente sus archivos para buscar indicios de origen estadounidense. Todas las cuentas que excedan de 1 millón de dólares caen en el mismo supuesto.²⁷⁵

Cuando se trata de “cuentas nuevas”, es decir, posteriores a *FATCA*, la *FFI* debe someter al cuentahabiente a los procedimientos *KYC* y *AML*, los cuales se equiparan a la prevención del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, como se ha establecido en capítulos precedentes.

Todo lo anterior conlleva gastos estratosféricos para la *FFI*, pero para algunos expertos esto no tiene sentido económicamente, por el simple hecho de que son mayores los gastos de implementación de *FATCA* que el dinero recaudado proveniente del cobro de impuestos a *US persons*. De acuerdo con expertos de la *Swiss-American Chamber of Commerce*²⁷⁶, *FATCA* prometía recaudar 850 millones de dólares anuales. Sin embargo, el costo aproximado en que incurriría cada *FFI* sería de entre 5-10 millones, con un agregado de 1000-2000 millones de todas las *FFI* implementando *FATCA* a nivel mundial.

Como se mencionaba arriba, los costos serían sufragados al final por los propios clientes de las *FFI*, pero las consecuencias negativas de *FATCA* incluirían también pérdidas fiscales para los países por el menoscabo económico de los negocios, así como una reducción de inversión extranjera en E.U.A., e incluso alguna forma de discriminación contra *US persons* por parte de las *FFIs*.

Funcionarios de BBVA declararon en 2013 que el costo de cumplimiento para su institución estaría en el rango de 8 millones de euros

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 13.

²⁷⁶ Altenburger, Peter R., Huber, Markus Frank, Michaels, Marnin, Naville, Martin; “*FATCA: US legislation with broad consequences for many*”, *Swiss-American Chamber of Commerce*, 11 de septiembre de 2010

para una entidad local hasta 800 millones para una entidad global²⁷⁷. Adicional a ello, existe un costo no previsto originalmente, pero que vuelve el acuerdo aún más gravoso económicamente. Esto consiste en el gasto por seguros que las *FFI* requieren, puesto que los llamados “oficiales de cumplimiento” de *FATCA*, es decir, los funcionarios de la *FFI* encargados de la implementación, son solidariamente responsables de todos los daños derivados por negligencia en la adecuación de los programas de *FATCA*.

Como daños potenciales, se encontrarían la fuga de información, uso inadecuado de los datos personales, así como la comisión de ciberdelitos (como fraude cibernético), por mencionar algunos. Estos actos tienen el potencial de acarrear litigios contra las *FFIs* que incluyen demandas colectivas, acciones legales de terceros relacionados con sociedades mercantiles, así como otras acciones regulatorias de ejecución en las que funcionarios o directivos de la *FFI* pudieran estar potencialmente expuestos a responsabilidades civiles o penales.²⁷⁸

Con referencia a estos oficiales de cumplimiento, o “*FATCA responsible officer*”, cuyo rol incluye la revisión periódica del acuerdo, así como la elaboración de certificados, tanto de cumplimiento como de debida diligencia o “*due diligence*”, así como presentarlos personalmente al IRS, ellos enfrentan una responsabilidad mayúscula, por las siguientes razones: derivado de las declaraciones fiscales presentadas al fisco de E.U.A., este puede solicitar al oficial de cumplimiento que verifique el apego a *FATCA*.

Derivado de lo anterior, el IRS puede determinar incumplimiento por parte de la *FFI*, pero también por parte del oficial designado, pudiendo ser sancionado en lo individual con una multa de \$20,000 dólares, 3 años en prisión, o ambos. Se dice en el medio fiscal que este es el puesto que “nadie

²⁷⁷ Byrnes, William y Munro, Robert J., “Background and Current Status of *FATCA*”, *Texas A&M University School of Law*, E.U.A., Legal Studies Research Paper Series, 1 de marzo de 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2926119

²⁷⁸ *Ibíd*em, p. 110.

quiere”²⁷⁹, puesto que implica la verificación de las formas fiscales estadounidenses W-8 y W-9 libres de errores, así como el rastreo exhaustivo de indicios de *US persons* en corporaciones, en la forma de accionistas o inversionistas, pero como se ha analizado, el uso de empresas fantasma dificulta dicho rastreo. Usualmente el oficial es quien está familiarizado con los procesos *AML/KYC*, con el uso de plataformas fiscales de E.U.A., y debe ser conocedor de obligaciones fiscales tanto domésticas como de E.U.A. Pero la responsabilidad fiscal y penal que enfrenta de manera personal es muy alta para el oficial de cumplimiento de *FATCA*.

Con relación a los laboriosos trámites que realizan las FII cuando están en contacto con una *US person*, a continuación se analizan dichos procedimientos.

Por principio de cuentas, independientemente del acuerdo *FATCA* entre jurisdicciones, si la institución financiera mantiene relaciones con sus similares estadounidenses, debe registrarse ante el *IRS*²⁸⁰ a través de sus plataformas, con lo cual la entidad financiera obtiene un número *GIIN*, o *Global Intermediary Identification Number*, como instrumento de verificación y cumplimiento del acuerdo.

Bajo *FATCA*, la *FFI* debe identificar a todas las *US persons*, buscando los indicios siguientes: Identificación de titulares de cuentas que sean residentes o ciudadanos de E.U.A.; determinación de lugar de nacimiento en ese país; ligas de la cuenta a alguna dirección postal estadounidense; transferencias bancarias periódicas a esa jurisdicción; búsqueda de personas con doble nacionalidad (E.U.A. y otra); personas jurídicas constituidas en ese país, entre otros.

²⁷⁹ Daftary, Cyrus, “*FATCA* responsible officer: the title no one wants”, *Compliance Alert*, (s.f.), <https://calert.info/details.php?id=770>

²⁸⁰ “¿En qué consiste la normativa *FATCA*?”, *CTi Soluciones*, España, 2020, <https://www.ctisoluciones.com/blog/consiste-la-normativa-fatca>

En el caso en que se encuentren rastros inequívocos de *US persons*, a continuación la *FFI* les presenta la forma W-9²⁸¹ para su llenado y para obtener el número *TIN* o *Taxpayer Identification Number*. (nuevamente, el banco extranjero operando como agente fiscal estadounidense. Cabe mencionar que este trato no se otorga en México ni al propio SAT en la mayoría de los casos). Alternativamente a la forma W-9 la *FFI* solicita a la presunta *US person* que se revele a si misma como estadounidense o no, a través de la mencionada “autocertificación”.

Con relación a esto, se toma como ejemplo los requisitos que solicita un banco mexicano, BANORTE, cuando se encuentra en la potencial presencia de una persona física o jurídica con origen estadounidense. En el primer caso, se le entrega al cliente el formato denominado “*formulario de auto-certificación personas físicas*”²⁸², en el cual, en apego a la legislación mexicana, se fundamenta con el derecho aplicable, es decir, se mencionan los anexos 25 y 25-bis, se menciona el multicitado mecanismo *CRS* de la OCDE y por supuesto, *FATCA*. Se incluyen campos para que el cliente determine su nacionalidad o residencia, número fiscal extranjero y la leyenda, en letras pequeñas, en la que certifica, bajo protesta de decir verdad, que la información es verídica y que asume la responsabilidad legal en caso de falsedad, autorizando al banco a transmitir la información al fisco en el extranjero.

Posteriormente, y en letras aún más pequeñas, se incluye en el formato de “auto-certificación”, el aviso de privacidad mexicano, en el que banco certifica que le informó al cliente que los datos “serán tratados de manera confidencial” y utilizados para los fines previstos en *FATCA* y el *CRS*.

²⁸¹ La forma W9 es una declaración de impuestos al fisco estadounidense obligatoria para los ciudadanos y residentes de ese país, relativa a los ingresos obtenidos en el último año fiscal.

²⁸² “FORMULARIO DE AUTO-CERTIFICACIÓN PERSONAS FÍSICAS”, Banco Mercantil del Norte S.A., Institución de Banca Múltiple, acceso el 20 de diciembre de 2020, https://www.banorte.com/cms/gfb/banorte_le_informa/regulaciones_fatca-crs/Auto-Certificacion-Personas-Fisicas.pdf

Cuando se trata de personas físicas que ejercen el control de una persona jurídica, se debe declarar el porcentaje de tenencia accionaria. Y cuando se trata del formato de personas jurídicas, el formulario solicita al representante legal determine si su representada es “beneficiario efectivo exento”; “entidad de EU no reportable”; “institución financiera participante”, entre muchos otros. Nuevamente, el ejecutivo bancario toma el rol de funcionario público estadounidense al tener que explicarle al cliente esos conceptos.

Al final del formulario, se incluyen similares certificaciones y declaraciones de decir verdad, así como aviso de privacidad.

Se analiza ahora el apego a las disposiciones federales sobre tratamiento de datos personales. Establece la ley de protección de datos personales en posesión de los particulares, en su artículo 15 que *“El responsable tendrá la obligación de informar a los titulares de los datos, la información que se recaba de ellos y con qué fines, a través del aviso de privacidad.”* El artículo 3, fracc. VI, misma ley, define lo que son los datos sensibles, como aquellos *“cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación”*. El artículo 7 establece que *“La obtención de datos personales no debe hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos”*.

Finalmente, establece el anexo 25-bis de la resolución miscelánea fiscal, Sección VI, Apartado A, inciso 1. a) *...En el caso de Cuentas Nuevas de Entidades, una Institución Financiera Sujeta a Reportar deberá aplicar los siguientes procedimientos de revisión: ... Obtener una auto-certificación, la cual puede ser parte de la documentación de apertura de la cuenta...*

Derivado de las disposiciones legales de referencia, así como de los procedimientos internos de la *FFI* al tratar con un cliente extranjero o potencial *US person*, que no existe un cumplimiento cabal con dichas disposiciones, por las razones siguientes:

- El aviso de privacidad no explica cabalmente el uso que se dará a la información. Menciona, si, que se recaba la información en cumplimiento a *FATCA* y *CRS*. Pero falla en explicar las consecuencias de dicho reporte sobre el patrimonio del extranjero en cuestión, que en su mayoría se concluye es desconocedor de las complejidades de *FATCA*.
- Establece la ley de protección de datos de referencia el concepto de “datos sensibles”, como aquellos cuyo uso indebido den lugar a posibles actos de discriminación, y cuando es el caso, los datos requieren un cuidado superior, como limitar en tiempo su uso, así como su posterior destrucción. En el caso de datos que muestren indicio estadounidense, por el contrario, se busca su preservación y rastreo hasta 5 años anteriores. Como se ha establecido en líneas atrás, en múltiples países se han dado casos de discriminación contra estadounidenses, por todas las implicaciones con el fisco de E.U.A. que conlleva aperturarles cuentas a estas personas, por lo que se deriva que estos datos pueden caer en la definición establecida de “datos sensibles”, con mayor rigor en su manejo.
- Cotejando lo establecido por la ley de protección de datos personales, artículo 7, sobre la prohibición a *utilizar medios engañosos o fraudulentos* para obtener datos personales, junto con lo establecido por el anexo 25-bis, relativo a obtener la auto-certificación, “*la cual puede ser parte de la documentación de apertura de la cuenta...*”, se concluye que en efecto se utiliza un medio engañoso o fraudulento, puesto que la institución bancaria usualmente le da múltiples formatos al cuentahabiente, mismos que firma sin revisar a cabalidad en su mayoría, como requisito necesario para tener acceso a los servicios bancarios, y por supuesto sin tener idea (a menos que el cuentahabiente se trate de un contador público o abogado

con conocimientos tributarios internacionales, probabilidad mínima) de las consecuencias de llenar tal auto-certificación.

2. Las sanciones a instituciones financieras y sujetos pasivos por parte de la autoridad estadounidense *IRS*

¿Qué pasa si existe desacato al cumplimiento de *FATCA* por parte de los funcionarios de la *FFI* involucrados? ¿Hasta dónde pueden llegar las sanciones del gobierno estadounidense, considerando que el cumplimiento de *FATCA* lo equipara a lavado de dinero y financiamiento al terrorismo?

Hasta ahora se han mencionado ya algunas de las sanciones establecidas en el acuerdo, es decir, cargos a la *FFI* del 30% del valor de toda transacción con origen estadounidense. Aunado a ello, el propio código fiscal mexicano equipara dicho incumplimiento a omisión de declaraciones, con lo que también nuestro país castiga la desobediencia a *FATCA*. Finalmente, se han analizado las sanciones, tanto económicas como penales, por el *IRS* al denominado “*FRO*” o *FATCA Responsible Officer*, el “puesto que nadie quiere”.

Sin embargo, el castigo por el incumplimiento con *FATCA* va más allá, y también pone a los funcionarios de la *FFI* en la primera línea de exposición al riesgo. Existe una poderosa entidad gubernamental estadounidense, equivalente a una fiscalía general, bajo el nombre de *Department of Justice*, o *DOJ*.²⁸³ A la cabeza de esta institución se encuentra el *Attorney General*, quien representa al gobierno de Estados Unidos en asuntos legales, y tiene bajo su jurisdicción a las principales agencias de ejecución de leyes, incluyendo el *FBI*, la *DEA*, *INTERPOL*, el sistema penitenciario, entre otros.

Adicionalmente, el *DOJ* se apoya en otras agencias gubernamentales, como *USCIS*, (*United States Customs and Immigration Services*), y la temida agencia ejecutora *ICE* (*Immigration and Customs Enforcement*), para

²⁸³ CFR. Title 28. Judicial Administration. Chapter I. Department of Justice.

asuntos con extranjeros. En relación con *FATCA*, este acuerdo tiene a su disposición todos los recursos y alcance del *DOJ*, principalmente a través de la iniciativa *Financial Fraud Enforcement Task Force (FFETF)*, conocida sólo como *Task Force*, e impulsada por el gobierno de Barack Obama, con el objetivo de castigar a los responsables de la crisis financiera de 2009 e impedir una nueva.²⁸⁴

Esta iniciativa investiga delitos financieros que violen leyes federales estadounidenses. La *Task Force*, junto con el *DOJ*, se convierten en soporte coercitivo y sancionador de *FATCA*, pues el acuerdo incluye reportar ingresos de fuente estadounidense, incluyendo aquellos del mercado de valores, y debido a que el incumplimiento al acuerdo implica evasión fiscal internacional. Cabe mencionar que, si el IRS determina que existe fraude, el llamado “*Statute of Limitations*”²⁸⁵ o caducidad procesal, se interrumpe. En los años recientes se han dado casos de alto perfil atraídos a la justicia estadounidense por el *DOJ*, como a continuación se analiza.

En septiembre de 2018²⁸⁶, el *DOJ* reportó el primer proceso atraído a territorio estadounidense por violaciones a *FATCA*. De acuerdo con el reporte de prensa, Adrian Baron, *CEO* de un banco extranjero con presencia en Hungría, se declaró culpable ante un tribunal de Nueva York por el delito de conspiración para defraudar al gobierno estadounidense, al incumplir con obligaciones de *FATCA*. Barón fue extraditado de Hungría a E.U.A. en

²⁸⁴ Financial Crimes Enforcement Network, *Financial Fraud Enforcement Task Force (FFETF)*, E.U.A., acceso el 21 de diciembre de 2020, <https://www.fincen.gov/financial-fraud-enforcement-task-force-ffetf>

²⁸⁵ En los países del sistema legal del common law, el concepto de Statute of Limitations o SOL refiere al límite temporal para presentar una demanda por la comisión de un daño al interés jurídico. El periodo para ejercer las distintas causas de acción comienza a correr a partir de la fecha del daño, la fecha en la que este fue descubierto, o la fecha en la que se pudo descubrir bajo esfuerzo razonable.

²⁸⁶ United States Department of Justice, *Former Executive of Loyal Bank Ltd Pleads Guilty to Conspiring to Defraud the United States by Failing to Comply with Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, E.U.A., 11 de septiembre de 2018, <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/former-executive-loyal-bank-ltd-pleads-guilty-conspiring-defraud-united-states-failing>

julio de 2018, y al declararse culpable buscaba una condena de menor duración.

La forma que se dio esta convicción fue a través de la figura de “agente encubierto”²⁸⁷. Uno de estos agentes, bajo el mando del *FBI*, se reunió con Barón, manifestándole que era un ciudadano estadounidense, que deseaba aperturar varias cuentas en el Loyal Bank, y que no debería aparecer como titular de ellas, a lo que Barón asintió y facilitó la operación. En reuniones posteriores, el agente le mencionó que planeaba invertir en el mercado de valores estadounidense pero que debía eludir los requerimientos de reporte al IRS. Barón se comprometió a no reportar bajo *FATCA* y con ello su conducta se adecuó al tipo penal de conspiración bajo el derecho estadounidense.

En otro expediente judicial de 2018 y también reportado por el DOJ, se involucró a cuatro sospechosos de conspiración para evadir *FATCA*²⁸⁸. De acuerdo con el reporte, un jurado de Brooklyn acusó al propio Barón y a otros 3 coacusados de obstruir las funciones del IRS respecto a este acuerdo. Todos los implicados aceptaron tratar de defraudar el gobierno estadounidense abriendo cuentas extranjeras sin recabar la información de *FATCA*. Para obtener las pruebas relativas al fraude, el DOJ se apoyó del regulador financiero SEC, la policía de Londres, organismos reguladores financieros del Reino Unido, y la autoridad investigadora de Hungría.

La trampa del DOJ para los financieros extranjeros operó entre agosto de 2016 y febrero de 2018, período durante el cual un agente encubierto del FBI contactó a uno de ellos, declarando que era una *US person*, y le

²⁸⁷ Ejecutado por el FBI, el DOJ está al mando de la *Undercover and Sensitive Operations Unit*, que permiten al gobierno estadounidense “cazar” delincuentes extranjeros. De acuerdo con el gobierno estadounidense, la técnica de agentes encubiertos es “esencial para la detección, prevención y proceso de delitos de cuello blanco, corrupción de funcionarios, terrorismo, crimen organizado, delitos de sustancias controladas, entre otros.

²⁸⁸ United States Department of Justice, *Four Individuals Charged with Conspiring to Defraud the United States by Failing to Comply with Foreign Account Tax Compliance Act*, E.U.A., 22 de marzo de 2018, <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/four-individuals-charged-conspiring-defraud-united-states-failing-comply-foreign>

manifestó su intención de abrir una cuenta de inversión en una agencia de valores (*Beaufort Securities, Ltd*), por medio de la cual pretendía llevar a cabo transacciones de millones de dólares manipulando el mercado de valores estadounidense. La casa de bolsa abrió 6 cuentas al agente encubierto, y a pesar de saber que se trataba de una *US person*, omitieron recabar la información de *FATCA* y reportar al *IRS*.

En un comunicado del *DOJ*, los abogados del gobierno estadounidense declararon lo siguiente:

“We will continue to pursue those around the globe who seek to violate the Foreign Account Tax Compliance Act and to help U.S. taxpayers conceal such accounts from the Treasury Department and the IRS.”

“Devising schemes to evade the reporting requirements of the Foreign Account Tax Compliance Act is a serious violation of the trust between registered foreign financial institutions and the Internal Revenue Service,”²⁸⁹

Traducido como sigue:

“Continuaremos persiguiendo a aquellos alrededor del globo que buscan violar *FATCA* y ayudar a contribuyentes estadounidenses a esconder dichas cuentas del Departamento del Tesoro y del *IRS*”

“El diseño de argucias para evadir los requerimientos de reporte de *FATCA* es una violación seria a la confianza entre las instituciones financieras extranjeras registradas y el Servicio de Rentas Internas (*IRS*)”.

Los casos narrados muestran el alcance mundial, las herramientas jurídicas involucrando derecho doméstico, tratados intergubernamentales, sanciones locales y sanciones estadounidenses, tratados internacionales de extradición, empleo de agentes encubiertos y autorizados, sanciones a las *FFI* pero también a sus ejecutivos, ya sea por negligencia o por violación flagrante a *FATCA*, y sobre todo, la firme intención hasta ahora de ejecutar a cabalidad el acuerdo materia de investigación.

Como se desprende de lo anterior, la capacidad del gobierno estadounidense para hacer cumplir el acuerdo por la fureza es muy amplia

²⁸⁹ Ídem.

y se vale de toda su estructura jurídica tanto interna, como externa, para lograr su propósito. Las ventajas para los estados que lo firman y se comprometen a ayudar al fisco estadounidense no son claras y la reciprocidad es incierta, como se analizará más adelante. El costo de implementación del acuerdo también es controversial y son las *FFI*, junto con todos sus clientes, estadounidenses o no, quienes solventan su operación, no el *IRS* como podría suponerse.

La única forma de contrarrestar la ejecución del acuerdo sería que todos los estados involucrados lo rechazaran, no podría ser de manera unilateral por el poder de coacción del gobierno de E.U. sobre la mayoría de estos estados. Sólo aquellos que no tienen una dependencia económica sustancial de ese país no se someten a *FATCA* o simplemente lo incumplen (Rusia, China, Alemania).

II. LA REPROCIDAD EN LA ASISTENCIA EN EL COBRO DE RENTAS EXTRANJERAS POR PARTE DEL IRS

1. *El concepto de reciprocidad en derecho internacional*

Uno de los principios del derecho internacional económico es el de reciprocidad. Esta juega un importante rol como elemento regulador cuando no existe un definido cuerpo de leyes vinculatorio. Dice el académico Francesco Parisi²⁹⁰ que los ambientes en donde no hay reglas se caracterizan por una reciprocidad estructural. La reciprocidad emerge como normas de costumbre fundamentales, e implica que las partes pueden hacer al otro lo que se les ha hecho a ellas, sujeto a los límites de sus fuerzas recíprocas. Estos principios de simetría y equilibrio punitivo van hasta el propio código de Hammurabi.

²⁹⁰ Parisi, Francesco, "The Formation of Customary Law", *George Mason University School of Law, E.U.A., Law and Economics Research Papers Series*, 2001, p. 13., <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.330.4165&rep=rep1&type=pdf>

En los tiempos modernos, sin embargo, la reciprocidad es tan válida y eficiente como lo fue hace miles de años. Este principio aplica a varias áreas del derecho internacional, como en las reglas de la OMC, el dumping se castiga con una medida compensatoria; en derecho diplomático, los privilegios e inmunidades otorgados a sedes y funcionarios extranjeros son otorgados en la misma medida a los del propio país en el extranjero. Incluso autorizan el uso permitido de fuerza letal cuando un estado viola la soberanía territorial del otro.

Reciprocidad, entonces, consiste en dar “igual por igual”. A continuación, se analiza este principio aplicado a los acuerdos fiscales y en particular a *FATCA* para determinar si las partes del acuerdo otorgan lo mismo una a la otra.

2. La reciprocidad bajo FATCA

De acuerdo con el fiscalista estadounidense Peter A. Cotorceanu, *FATCA* es “una calle de un solo sentido”²⁹¹, pues tal como fue concebido originalmente, no obligaba al gobierno estadounidense a dar nada a cambio a sus pares extranjeros.

En la siguiente gráfica se compara lo que E.U.A. solicita de Alemania y lo que le entrega a cambio, en términos de información fiscal de sus respectivos nacionales.

²⁹¹ Cotorceanu, Peter A., “Hiding in plain sight: how non-US persons can legally avoid reporting under both FATCA and GATCA”, *Trusts & Trustees*, E.U.A., Vol. 21, No. 10, 2015, p. 1051., https://www.gatcaandtrusts.com/wordpress2/wp-content/uploads/2017/03/Trusts-Trustees-2015-tandt_ttv178.pdf

German Banks' reporting obligations (about US persons)	US Banks' reporting obligations (about German persons)
(1) the name, address, and U.S. TIN of each Specified U.S. Person that is an Account Holder of such account and, in the case of a Non-U.S. Entity that, after application of the due diligence procedures set forth in Annex I, is identified as having one or more Controlling Persons that is a Specified U.S. Person, the name, address, and U.S. TIN (if any) of such entity and each such Specified U.S. Person;	(1) the name, address, and German TIN of any person that is a resident of the Federal Republic of Germany and is an Account Holder of the account;

El acuerdo *FATCA* entre E.U.A-Alemania obliga a ambas naciones a reportarse cuentas financieras de sus respectivos nacionales; pero Alemania se obliga, además, en ejercicio de la “devida diligencia” (*due diligence*), a rastrear *US persons* que sean tenedoras mayoritarias de acciones en empresas o miembros del directorio, mientras que E.U.A. no se obliga a hacer lo propio con ciudadanos alemanes.

Es importante hacer referencia a lo que *FATCA* define como “devida diligencia”, regulada en México por el anexo 25-Bis. En las secciones II y III del anexo se establecen las *obligaciones de debida diligencia*. A diferencia de otros aspectos del derecho, en los que este concepto significa un deber de cuidado o buena administración de la empresa en materia contractual, laboral, fiscal y societaria, que redunde en beneficio de la misma, en el contexto de *FATCA* el término tiene otro significado, y se refiere a una práctica que no es en beneficio de la *FFI*, sino en beneficio del fisco estadounidense únicamente.

Las obligaciones de debida diligencia bajo *FATCA*, obligan a la *FFI* a realizar una especie de “barrido” de datos, llevando a cabo una búsqueda minuciosa en los propios archivos de la institución, para el rastreo de lo que llaman cualquier “indicio” de origen estadounidense. Por ejemplo, la sección III del anexo, al referirse a “cuentas de bajo valor”, inciso 2, establece la “búsqueda electrónica de registros”, la cual obliga a la *FFI* a:

“...revisar en sus datos consultables electrónicamente, ... , cualesquiera de los siguientes indicios, ... :

a) identificación del Cuentahabiente como un residente en una Jurisdicción Extranjera;

b) dirección vigente para recibir correspondencia o dirección de residencia (incluyendo un apartado de correos) en una Jurisdicción Extranjera;

c) uno o más números telefónicos en la Jurisdicción Extranjera y ningún número telefónico en México;

d) instrucciones vigentes (distintas respecto de Cuentas de Depósito) para transferir fondos a una cuenta mantenida en una Jurisdicción Extranjera;

e) un poder de representación legal o autorización de firma, efectivamente vigentes, otorgado a una persona con una dirección en una Jurisdicción Extranjera, o

f) una instrucción de “retención de correspondencia” o una dirección “a cargo de”, en una Jurisdicción Extranjera si la Institución Financiera Sujeta a Reportar no cuenta en sus registros con otra dirección del Cuentahabiente.”

A lo anterior, por supuesto, están obligadas todas las instituciones financieras mexicanas y lo deben implementar siempre que haya indicios de origen estadounidense. El costo para ellas en términos de horas de trabajo y personal involucrado es muy elevado. En consecuencia, se trata de una “debida diligencia” que sólo representa pérdidas económicas para la *FFI*.

El artículo 6 del acuerdo modelo intergubernamental de E.U.A. establece lo siguiente:

Reciprocity. The [Government of the] United States acknowledges the need to achieve equivalent levels of reciprocal automatic information exchange with [FATCA Partner]. The [Government of the] United States is committed to further improve transparency and enhance the exchange relationship with [FATCA Partner] by pursuing the adoption of regulations and advocating and supporting relevant legislation to achieve such equivalent levels of reciprocal automatic exchange.

Traducido como sigue:

Reciprocidad. El [Gobierno de] los Estados Unidos reconoce la necesidad de lograr niveles equivalentes de intercambio automático recíproco de información con [Socio FATCA]. El [Gobierno de] los Estados Unidos está comprometido a mejorar aún más la transparencia y fomentar la relación de intercambio con el [Socio FATCA] buscando la adopción de regulaciones,

apoyando y abogando por legislación de soporte relevante para lograr tales niveles equivalentes de intercambio automático recíproco.

A pesar de lo establecido arriba, no existe evidencia de reciprocidad cuando se trata de instituciones financieras estadounidenses abriendo cuentas para extranjeros o mexicanos en particular. Con motivos de investigación²⁹², se han realizado búsquedas en 4 bancos estadounidenses (Bank of America, Capital One, Wells Fargo y Citi) sobre requisitos de cumplimiento con *FATCA* similares a los impuestos a *FFIs* mexicanas. En ninguno de los casos se encuentra información alguna. Por el contrario, la apertura de cuentas bancarias en E.U.A. a extranjeros se encuentra limitada a aquellos que poseen estatus de residentes permanentes, pues como requisito de apertura se solicita un *S.S.N.* o número de seguridad social estadounidense.

Lo anterior se evidencia por el hecho de que, analizando el texto del propio *FATCA*, toda la carga de investigar extranjeros recae en las instituciones financieras mexicanas, atribuyendo cero responsabilidad a las estadounidenses, ni siquiera en grado mínimo. En referencia a lo anterior, *FATCA* adolece de notables incongruencias. Como ejemplo, el artículo 2 del acuerdo menciona las “obligaciones para obtener e intercambiar información respecto de cuentas reportables”; estableciendo que ambos países deben recabar información de cuentas bancarias, números de identificación de impuestos, monto de cuentas, nombres de las *FFIs*, etc., de sus respectivos ciudadanos.

Posteriormente, el artículo 4 establece la “Aplicación de *FATCA* a las Instituciones Financieras de México”. Y al realizar la búsqueda del artículo 5, “Aplicación de *FATCA* a las instituciones de E.U.A.”, este es inexistente,

²⁹² De manera aleatoria, el 5/01/2021 se consultaron los requisitos para aperturar una cuenta de cheques en las instituciones de referencia, que arrojaron cero resultados relacionados con requisitos de *FATCA*. El acuerdo ni siquiera es mencionado en ninguna parte de sus portales o requisitos para extranjeros. Lo anterior contrasta claramente cuando se trata de una *FFI* extranjera, de México o cualquier otro país miembro de *FATCA*, donde la lista de requerimientos es amplia, detallada y transparente.

ni en ningún otro artículo del acuerdo se regula la aplicación a bancos estadounidenses. El artículo 6 incluye un lenguaje de “buenos deseos” que carece por completo de obligaciones vinculantes para Estados Unidos, solo incluye declaraciones como “El gobierno de Estados Unidos reconoce la necesidad de alcanzar niveles equivalentes de intercambio automático recíproco de información con México” frase que confirma que, a contrario sensu, el intercambio no es equivalente.

De lo anterior se concluye que el IRS escasamente tendría información que reportarle al SAT, puesto que los bancos de su país no están recabando información de cuentas de mexicanos en la misma forma, ni se les somete a los mismos requisitos de “*due diligence*”, “AML” o “KYC”, ni a los astronómicos costos de estas investigaciones en que incurren las *FFT*'s mexicanas.

Aunado a lo anterior, con base en el acuerdo paralelo a *FATCA*, conocido como “Acuerdo de autoridades competentes”²⁹³, se establece, en el párrafo 4.2.1. el concepto denominado “Incumplimiento Significativo”, la conducta de una de las partes del acuerdo cuando no coopera con la otra. Es relevante analizar el lenguaje utilizado en dicho numeral:

“La autoridad competente receptora tiene la facultad de determinar si existe incumplimiento significativo de las obligaciones de obtener e intercambiar la información ... del IGA respecto de una Institución Financiera Sujeta a Reportar en la otra jurisdicción. La Autoridad Competente de EE.UU. también tiene la facultad de determinar el incumplimiento significativo con base en la omisión de las obligaciones de debida diligencia, reporte, retención y otras obligaciones respecto de una Institución Financiera Sujeta a Reportar.”

La “autoridad receptora” es el IRS, el “IGA” es el acuerdo interinstitucional *FATCA*, y este acuerdo paralelo le atribuye a la autoridad fiscal de Estados Unidos la facultad para determinar si la “otra jurisdicción”

²⁹³ *Acuerdo de Autoridad Competente entre las autoridades competentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América*, firmado el 24 de septiembre de 2015.

está en efecto cooperando con este. La tercera línea es aún más explícita cuando se refiere a “la autoridad competente de EE.UU.”, la cual es la única facultada para calificar el incumplimiento, en ningún momento se otorga esa prerrogativa a la autoridad mexicana.

No existe entonces la misma obligación a las *FFI* mexicanas que a las “*FFI* estadounidenses”. En el mismo sentido, la autoridad fiscal mexicana no impone una penalidad de 30% por cada transacción a México a todas aquellas instituciones financieras que no le reporten transacciones que involucren a mexicanos. En consecuencia, el acuerdo no es recíproco sino unilateral en todo sentido, rompiendo el equilibrio milenario de “dar igual por igual” y confirmando lo referido por el fiscalista estadounidense Peter A.Cotorceanu; en efecto, “*FATCA* es una calle de un solo sentido”.

La legislación estadounidense en efecto contempla la cooperación en materia de intercambio de información fiscal con autoridades extranjeras, pero a diferencia de lo establecido por el código fiscal mexicano, dicha asistencia tiene múltiples excepciones, las cuales llegan a ser ambiguas y básicamente convierten en discrecional la decisión de compartir información con los pares extranjeros del *IRS*.

En el documento “*Internal Revenue Manuals*”²⁹⁴, Parte 11, Capítulo 3, Sección 25, “*Disclosure to Foreign Countries Pursuant to Tax Treaties*”, o “divulgación a países extranjeros con base en tratados fiscales”, se establecen, en el apartado 11.3.25.3, las particularidades del intercambio de información, que a continuación se detallan (se agrega comentario):

(2) Disclosure of information by the IRS to foreign tax authorities must be authorized by the LB&I Commissioner (“La divulgación de información por

²⁹⁴ Internal Revenue Service, *11.3.25 Disclosure to Foreign Countries Pursuant to Tax Treaties*, E.UA., acceso el 5 de enero de 2021, https://www.irs.gov/irm/part11/irm_11-003-025

parte del IRS a las autoridades fiscales extranjeras debe ser autorizada por el comisionado de LB&I”).

(La figura del *LB&I Commissioner* corresponde a una autoridad dentro del IRS, encargado del departamento “*Large Business and International*”. En consecuencia, a pesar de que el intercambio de información está regulado por un acuerdo vinculante entre países, las regulaciones domésticas estadounidenses aún lo someten a la discreción de una autoridad burocrática interna).

(8) Generally, complete tax returns are not furnished to foreign tax authorities pursuant to tax treaties. (Por lo general, declaraciones de impuestos completas no son provistas a las autoridades fiscales extranjeras con base en tratados fiscales).

(La legislación doméstica estadounidense limita el volumen de información fiscal que se comparte con los pares internacionales. Estos pueden necesitar toda la información de una declaración fiscal, no sólo una porción).

(10) Return information that may potentially identify a confidential informant or otherwise seriously impair an IRS tax investigation is generally not disclosed to foreign tax authorities. (Información sobre devoluciones que pudiera identificar potencialmente a un informante confidencial o impedir de cualquier manera una investigación del IRS por lo general no es divulgada a las autoridades fiscales extranjeras)

(El IRS determina que, si uno de los llamados “cover agents” puede ser descubierto, no compartirá la información relacionada. O si de manera simple el compartir información puede interferir con sus investigaciones, no la compartirá de igual manera. Esta decisión es totalmente discrecional).

Las anteriores son algunas de las excepciones que el derecho doméstico estadounidense impone a la cooperación fiscal internacional, independientemente de la existencia de un acuerdo internacional de cooperación.

De lo anterior, se deduce que, junto con las posturas que adopta Estados Unidos cuando se trata de la aplicación de su derecho doméstico con el derecho internacional, este país muestra una posición dualista; el derecho internacional no se incorpora automáticamente a sus leyes internas, sino que estas tienen que admitirlo primero. En contraposición, el sistema jurídico mexicano adopta una postura monista internacional, el derecho doméstico se fusiona con el derecho internacional, como se ha establecido en capítulos precedentes.²⁹⁵ Se deduce entonces, que con relación a las obligaciones relativas a *FATCA*, estas no son recíprocas, sino que sólo aplican a México o a los países signatarios del acuerdo, pero no a los Estados Unidos.

3. *La reciprocidad bajo FATCA en el cobro coactivo*

El Código Fiscal de la Federación contempla la posibilidad de apoyo en el cobro coactivo en territorio mexicano, a las autoridades fiscales extranjeras que así lo soliciten. Por esto, se entiende al procedimiento administrativo de ejecución regulado por el art. 145 del C.F.F., el cual incluye el embargo precautorio de bienes y activos del contribuyente omiso, así como el congelamiento de sus cuentas bancarias.

No sólo eso, los artículos 4-A y 69-A del citado código, obligan a las autoridades administrativas mexicanas a cobrar directamente los créditos fiscales de otras naciones (extremo opuesto a la antigua “*revenue rule*” del common law), como se establece a continuación:

Artículo 4o.-A.- Los impuestos y sus accesorios exigibles por los Estados extranjeros cuya recaudación y cobro sea solicitado a México, de conformidad con los tratados internacionales sobre asistencia mutua en el cobro de los que México sea parte, les serán aplicables las disposiciones de este Código referentes a la notificación y ejecución de los créditos fiscales...

²⁹⁵ Becerra Ramirez, Manuel, *Hacia un nuevo sistema de recepción del derecho internacional en la Constitución mexicana*, Estado de derecho y transición jurídica, México, UNAM, 2002, p. 143.

Art. 69-A.- Las autoridades fiscales asistirán en el cobro y recaudación de los impuestos y sus accesorios exigibles por los Estados extranjeros en términos de sus respectivas legislaciones, cuando las autoridades fiscales extranjeras así lo soliciten, en los términos de los tratados internacionales de los que México sea parte, siempre que exista reciprocidad.

Al respecto cabe señalar que la OCDE favorece la cooperación en la asistencia en el cobro coactivo de deudas fiscales extranjeras. De acuerdo con este organismo, la globalización no sólo dificulta el cálculo correcto de impuestos de contribuyentes operando en múltiples jurisdicciones, sino que ejercer los llamados “actos de molestia” y “actos privativos”, como visitas, auditorías y embargos, también es complicado porque, como se ha comentado líneas arriba, los países sólo han ejercido tradicionalmente el cobro coactivo de las contribuciones contempladas en sus leyes, no en leyes extranjeras.

Una complicación adicional para esta cooperación es que estos actos de autoridad están limitados por las garantías del debido proceso, que puede tener variantes de un país a otro, dependiendo el grado de control que ejerce el estado en cuestión sobre su población.

Con el fin de otorgar una estructura legal a esta cooperación, la OCDE enmendó el artículo 27, relativo a la asistencia en el cobro de impuestos, del Convenio Modelo Relativo a Impuestos sobre Ingresos y Capital de 2003²⁹⁶, para incluir obligaciones a los estados contratantes de apoyarse mutuamente en el cobro coactivo. En su primer párrafo, el citado artículo establece: “Los estados contratantes deberán rendir asistencia entre sí en el cobro de reclamaciones fiscales...Las autoridades competentes de los estados contratantes pueden, por mutuo acuerdo, acordar el modo de aplicación de este artículo.”

²⁹⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*, 17 de julio de 2008, <https://www.oecd.org/tax/treaties/42219418.pdf>

La enmienda al artículo 27 niega la posibilidad de impugnación de los créditos fiscales extranjeros a través de recursos domésticos (p. ej, el recurso de revocación o juicio de nulidad contemplados en las leyes relevantes mexicanas). Las limitantes a esta asistencia se encuentran en el párrafo octavo, el cual establece que los estados contratantes no llevaran a cabo medidas administrativas distintas a las contempladas en sus leyes, o cuando estas vayan en contra de su orden público y, notoriamente, cuando el caso requiera una carga administrativa claramente desproporcionada con el beneficio que obtenga el otro estado contratante.

México es miembro de la citada Convención de la OCDE desde el 9 de enero de 2012, y Estados Unidos lo es desde el 4 de enero de 1995. Si bien *FATCA* no menciona en su etapa actual la cooperación en materia de cobro coactivo, sino sólo el intercambio de información, ambas partes la pueden llevar a cabo, o exigirla una a la otra por medio de esta Convención. Sin embargo, y a pesar de estar ratificado y en vigor el acuerdo, la capacidad del fisco mexicano para llevar a cabo dicha cooperación es insuficiente, como también lo es la del fisco estadounidense.

Al respecto, de acuerdo con cifras oficiales, las cantidades que el SAT recupera por créditos fiscales son mucho menores a las que adeudan los contribuyentes. Por ejemplo, al mes de febrero de 2020 el SAT registró adeudos fiscales de contribuyentes mexicanos por 740,156 millones de pesos, de los cuales el 61% fueron impugnados, sólo 213,487 millones eran factibles de cobro y 68,403 tenían baja probabilidad de ser cobrados (créditos vencidos, contribuyentes desaparecidos o insolventes, etc)²⁹⁷.

En el caso de Estados Unidos, los reportes de sus propias autoridades muestran que tampoco recaudan todo lo que deben sus contribuyentes. De

²⁹⁷ Saldívar, Belen, “Contribuyentes adeudan 740,156 millones de pesos al SAT”, *El Economista*, México, 12 de abril de 2020, <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Contribuyentes-adeudan-740156-millones-al-SAT-20200413-0003.html>

acuerdo con el último reporte publicado por el *IRS*, que cubre la recaudación de los años 2011-2013, ese país tuvo pérdidas fiscales por 441 millones de dólares en dicho período, equivalente al 16% de todos los adeudos fiscales.²⁹⁸ Ciertamente, es una recaudación superior a la de México, pero que tampoco alcanza el 100%.

En cuanto a la posición de Estados Unidos respecto a apoyar a otras naciones en el cobro coactivo, a pesar de ser miembro del acuerdo de referencia de la OCDE, ese país solo se ha comprometido a apoyar en este rubro a otras cinco naciones: Canadá, Dinamarca, Francia, Holanda y Suecia; a través del programa denominado “MCAR”²⁹⁹, o “*Mutual Collection Assistance Request*”. Sin embargo, de acuerdo con un reporte de 2017 de la autoridad *Treasury Inspector General for Tax Administration*, la misma que ha evaluado la ineficiencia de *FATCA* en cuanto a recaudación para E.U.A., el programa *MCAR* se encuentra subutilizado, principalmente porque el *IRS* carece de los recursos humanos necesarios para ejercer esa conexión con sus pares internacionales, y no se le asignan suficientes empleados de la agencia por estar ocupados en otras labores.

Como conclusión de lo anterior, a pesar de que la asistencia en el cobro coactivo de créditos fiscales extranjeros está prevista en los acuerdos de la OCDE, y regulada en las disposiciones fiscales mexicanas, ni México ni Estados Unidos tienen la capacidad humana y operativa para asistir en cobros de otras jurisdicciones, pues no pueden alcanzar la totalidad de los propios, por lo que dichas disposiciones internacionales y domésticas parecen ser inoperantes, por no mencionar la impracticabilidad actual de llevar a cabo dicha colaboración.

²⁹⁸ Internal Revenue Service, *The Tax Gap*, E.U.A., 20 de mayo de 2021, <https://www.irs.gov/statistics/irs-the-tax-gap>

²⁹⁹ Treasury Inspector General for Tax Administration, *Exchange of Information Capabilities Are Underutilized by the Internal Revenue Service*, E.U.A., 11 de septiembre de 2017, <https://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2017reports/201730077fr.pdf>

4. Estado actual de la asistencia fiscal a México por parte del IRS

Con relación con la información recibida a la fecha por la autoridad mexicana de contribuyentes mexicanos en E.U.A., se realizó una solicitud de información al SAT a través del INAI el 08 de enero de 2021, en relación con el volumen de cuentas bancarias de mexicanos en bancos estadounidenses, así como de la información del número de cuentahabientes estadounidenses en territorio mexicano, sin que a la fecha se haya recibido respuesta. Al respecto, la página del INAI manifiesta que los plazos para emitir respuestas se encuentran temporalmente suspendidos debido a la emergencia sanitaria derivada de COVID-19.

La información más reciente se encuentra en un reporte publicado el 04 de septiembre de 2017³⁰⁰, el cual establece que, a esa fecha, México había recibido “300,000 registros por FATCA”, de acuerdo con el entonces administrador central de Intercambio de Información del Servicio de Administración Tributaria, Alfredo Revilak de la Vega. De acuerdo con dicho documento, se habían iniciado 61 auditorías como resultado de tal cooperación, de las cuales se concluyeron 10.

A pesar de lo anterior, y de acuerdo con lo analizado hasta ahora, existe un vacío de información respecto a la posibilidad real de la autoridad fiscal estadounidense de recabar la información de cuentahabientes mexicanos en ese país, por el hecho de que el acuerdo no obliga a sus instituciones financieras a ningún procedimiento para obtener dichos datos, similares a los impuestos a las *FFI* en territorio mexicano, por lo que se

³⁰⁰ Saldívar, Belén M., “México ha recibido alrededor de 300,000 registros por FATCA”, *El Economista*, México, 04 de septiembre de 2017, <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Mexico-ha-recibido-alrededor-de-300000-registros-por-FATCA-20170904-0093.html>

concluye que dicha información es inexistente, o muy limitada en el mejor de los casos.

De lo anterior se deriva que la información no sea compartida en volúmenes similares. Adicionalmente a esto, de acuerdo con el reporte del regulador estadounidense *Treasury Inspector General for Tax Administration* de julio de 2018, “*Despite spending nearly \$380 million, the internal revenue service is still not prepared to enforce compliance with the foreign account tax compliance act*”³⁰¹, traducido como: “A pesar de gastar casi \$380 millones, el servicio de rentas internas aún no está preparado para ejecutar el cumplimiento con *FATCA*”.

Se concluye entonces que las autoridades estadounidenses en efecto reciben información financiera de sus sujetos pasivos en el extranjero, a través de un arduo trabajo de investigación impuesto a las instituciones financieras en los países signatarios del acuerdo; pero a pesar de ello, no tienen la capacidad de auditarlos. Y con relación a la información que dichas autoridades deben enviar a sus pares internacionales, incluyendo el SAT de México, esta es mínima o prácticamente nula.

Es prioritario replantearse si el acuerdo interinstitucional *FATCA* se encuentra en el mejor interés del gobierno mexicano, no necesariamente del estadounidense.

³⁰¹ Treasury Inspector General for Tax Administration, *Despite spending nearly \$380 million, the internal revenue service is still not prepared to enforce compliance with the foreign account tax compliance act*, E.U.A., 5 de julio de 2018, https://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2018reports/201830040_oa_highlights.html

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Esta investigación se ha propuesto como hipótesis evaluar y confirmar el apego a la legalidad del acuerdo *FATCA* a nivel doméstico e internacional. Y derivado de dicha evaluación, determinar las causas de ilegalidad, en caso de existir, y las potenciales consecuencias de operar irregularmente. El acuerdo *FATCA* es violatorio del derecho mexicano, del derecho internacional y del derecho estadounidense por las siguientes razones:

Violaciones de FATCA al derecho positivo mexicano

Los acuerdos interinstitucionales no se mencionan en la Constitución, mucho menos otorgan autorización para afectar el patrimonio de un sector de la población mexicana por así requerirlo un gobierno extranjero. En realidad, dichos acuerdos, ajenos al sistema jurídico nacional, fueron incluidos en la Ley de Celebración de Tratados en el sexenio de Carlos Salinas de Gortari y como influencia directa de Estados Unidos, que en efecto contempla los *executive agreements*. Su implementación en nuestro país requiere una revisión urgente, toda vez que también le permite a los estados y municipios negociar acuerdos internacionales libremente y sin revisión por el senado.

Dice el artículo 124 de la carta magna que las facultades de los funcionarios federales deben estar expresamente concedidas en la constitución. El fundamento jurídico del acuerdo interinstitucional *FATCA* adolece de incumplimiento con tal disposición, toda vez que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no se encuentra expresamente facultada para negociar y celebrar tratados de intercambio de información fiscal, siendo los acuerdos interinstitucionales un instrumento cuestionable para ello, puesto que los mismos tampoco existen en el texto constitucional.

La S.H.C.P. no está autorizada en el derecho mexicano (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal) a celebrar acuerdos interinstitucionales, y estos no son el instrumento establecido por el Código

Fiscal de la Federación para compartir información fiscal de contribuyentes ubicados en territorio mexicano, sino lo son los tratados ratificados por el senado.

Considerando que el acuerdo interinstitucional sea el vehículo contemplado en la ley para dicho propósito, la legislación federal es clara al requerir que sea el Secretario de Hacienda el que firme dicho documento, pues dicha obligación es *no delegable*, como lo establece literalmente el reglamento interior de la S.H.C.P. Esta situación es violatoria de otro precepto constitucional, el artículo 16 nada menos, el cual establece que los actos de autoridad deben ser emitidos por autoridad competente.

A estas irregularidades se agrega la falta de publicación en el Diario Oficial de la Federación. Establece el Código Civil Federal que las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, las cuales crean o modifican derechos y obligaciones, surten efectos al publicarse en dicho vehículo oficial. El acuerdo *FATCA*, como se ha establecido en este trabajo, incumplió con ese requisito también, al ser dado a conocer por la S.H.C.P. como parte del anexo 25 de la miscelánea fiscal del año 2014, año posterior a la irregular firma del acuerdo.

FATCA obliga a las autoridades fiscales de otros países, en México la S.H.C.P., al envío de datos personales de ciudadanos norteamericanos al *IRS*. En contraparte, este no envía el mismo volumen de datos personales de mexicanos, porque no lo establece expresamente el acuerdo, y porque el *IRS* no obliga a las instituciones financieras estadounidenses a rastrear mexicanos en la misma forma.

Aún y cuando el *IRS* lo hiciera, el sistema fiscal mexicano no grava a sus nacionales por el hecho de serlo, como lo hace Estados Unidos, por lo que se vería impedido de obligar a tributar a un mexicano que emigró del país y no tiene fuente de ingreso ni residencia nacionales. Para ello se requerirían reformas a la ley del ISR, Código Fiscal y otras normas

tributarias, lo cual devengaría en un conflicto de normas con la Constitución Federal. En consecuencia, el acuerdo *FATCA* prueba ser carente de utilidad práctica para nuestro país.

El acuerdo no es recíproco, no entrega la misma información que solicita, y el código fiscal es claro al condicionar el envío de información fiscal por parte de México a las autoridades fiscales de otras naciones, a la existencia de reciprocidad. Pero aún si esta existiera, carecería de sentido o valor, por la razón mencionada, México y E.U.A. no gravan a sus nacionales en la misma forma.

En el tema del tipo de información que *FATCA* solicita, los datos personales de estadounidenses, la legislación mexicana es explícita al obligar a quien requiere de dicha información de informar claramente el motivo y uso que dará a la misma, y cuando se trata de datos sensibles, considerados aquellos cuyo mal uso pueda dar lugar a actos discriminatorios, a limitar aún más su manejo y aclarando el tiempo que se utilizará dicha información, así como posterior eliminación. Nada de eso ocurre con los procedimientos que emplean las instituciones financieras al aperturar cuentas a estadounidenses y obtener sus datos personales, en los cuales el aviso de privacidad es ambiguo e incompleto, utilizando términos que solo un especialista en derecho fiscal internacional entendería a cabalidad. Por tanto, el consentimiento obtenido no es lo suficientemente informado.

Asimismo, en el tema de las instituciones financieras extranjeras y su relación con estadounidenses, en este trabajo se han documentado casos de actos discriminatorios en su contra en múltiples países, cuando las primeras deciden simplemente no ofrecer servicios a este grupo de personas, para ahorrarse los costosos trámites burocráticos internos a que la ley *FATCA* los obliga. En consecuencia, la aplicación de la ley deriva en actos discriminatorios contra un grupo nacional, lo cual lesiona sus derechos

fundamentales, y en el caso de México gozan exactamente de los mismos derechos que el resto de los mexicanos por así establecerlo el artículo primero de la constitución. Estos efectos ocurridos en otras naciones como consecuencia de *FATCA* pueden repetirse en México, país con mayor número de estadounidenses expatriados en el mundo.

En el tema de la diferenciación con el trato fiscal a estadounidenses y mexicanos, esta se da cuando el SAT da un trato diferenciado a unos y otros. En el caso de los mexicanos, dicha información se utiliza con efectos recaudatorios únicamente cuando se comprueba la hipótesis de incumplimiento fiscal. En contraste, en el caso de los estadounidenses, dicha información se entrega inmediatamente a un gobierno extranjero sin el consentimiento debidamente informado de sus titulares, lo cual derivará en un menoscabo a su patrimonio.

Violaciones de FATCA al Derecho Internacional Público

Los principios de derecho internacional público, que gobiernan las relaciones internacionales, incluyen como uno de sus principios fundamentales el de la *igualdad soberana*, establecido en la carta de Naciones Unidas. Ningún estado puede imponer sus leyes a otro, y cada uno de ellos es libre de crear sus propias leyes. Este test claramente lo reprueba la ley doméstica de Estados Unidos *FATCA* y su implementación por la fuerza a través del acuerdo interinstitucional.

Y derivado de lo anterior, viene la violación al siguiente principio de derecho internacional público: el *consentimiento*. Si bien *FATCA* no obliga directamente a los estados a ser miembros del acuerdo, si lo hace indirectamente, a través de los múltiples mecanismos de coacción y sanciones que tiene Estados Unidos sobre la mayoría de los estados signatarios. Los tratados internacionales no deben ser celebrados bajo coacción entre los estados miembros de la ONU. Y una violación más a otro

principio regulador de las relaciones internacionales, el de la *reciprocidad*. Dar igual por igual. *FATCA* falla en los tres.

Con relación a los tratados internacionales que dan soporte a *FATCA*, en particular, el Convenio de Estrasburgo y el Acuerdo para el Intercambio de Información Tributaria o *AiIT*, establecen claramente que las excepciones a requerir información de contribuyentes ocurren cuando los costos de hacerlo son excesivos, en cuyo caso el estado requirente debe sufragarlos, y cuando dicho costo no justifica, en términos de lo obtenido, el continuar solicitándolos. Derivado de esta investigación se ha documentado, por las propias auditorías federales estadounidenses, que para el gobierno estadounidense *FATCA* no ha recaudado lo que originalmente se propuso, y que los costos de implementación superan ampliamente lo recaudado. En todo caso, sería el gobierno estadounidense el que debería costear la implementación de *FATCA*, como lo establecen los tratados tributarios citados.

Finalmente, México es signatario de un instrumento de *softlaw*, la Carta de Derechos del Contribuyente; la cual establece principios que las administraciones fiscales no deben infringir en su trato con los sujetos pasivos, como ejemplo: el derecho a no auto incriminarse (los formularios bancarios donde el extranjero certifica su estatus y autoriza inadvertidamente el uso de sus datos personales); o por otra parte, el derecho a la intimidad (“...que la Administración motive la trascendencia tributaria cuando solicite esos datos”, situación que no ocurre). Si bien los principios de *softlaw* son no vinculantes, si constituyen una poderosa influencia en las legislaciones positivas, pues generalmente tienden a ser incorporados en ellas con la fuerza de la costumbre y la aceptación generalizada.

Violaciones de FATCA al derecho estadounidense

En cuanto a la validez del acuerdo conforme a las leyes norteamericanas, el mismo ha sido impugnado en su país de origen por no ser el instrumento adecuado para otorgar facultades a sus autoridades financieras para celebrar este tipo de acuerdos, la misma irregularidad que México. Este trabajo ha documentado la investigación y recursos presentados por académicos y congresistas de Estados Unidos, que detallan la falta de atribuciones de aquellos funcionarios que lo firmaron.

En relación a la idoneidad de *FATCA* como acuerdo directo entre autoridades, tanto funcionarios diplomáticos de E.U.A. (Departamento de Estado) como de México (S.R.E.) detallan en sus manuales internos, los criterios para elegir un tratado ratificado por el senado sobre un acuerdo de otro tipo, siendo relevante mencionar que entre varios criterios se enlistan los de la *práctica internacional para ese tipo de acuerdos; si modifican leyes existentes; si regulan materias de la federación; si afectan derechos personales*, entre otros. Todos ellos aplican a *FATCA*, por lo que no hay duda que el acuerdo interinstitucional no es el instrumento jurídico idóneo para esta materia y debe implementarse como tratado con ratificación del senado en México y la cámara alta en E.U.A.

Otra infracción de extrema gravedad al derecho constitucional estadounidense hecha valer ante sus tribunales, consiste en la violación a la 14^a. Enmienda, la cláusula *Equal Protection of the Laws*, o protección igualitaria de las leyes, al aumentar la carga tributaria a los estadounidenses expatriados, dándoles trato discriminatorio respecto a los que residen en E.U.A., y aún peor, sin dotarlos de representantes en su congreso, o la llamada *taxation without representation*.

FATCA se planteó originalmente como un acuerdo voluntario entre naciones. Pero deja de serlo cuando Estados Unidos penaliza económicamente a las instituciones financieras extranjeras si no cooperan, pues todas ellas tienen transacciones con Estados Unidos todos los días, y

aún más grave, porque el *IRS* lo ejecuta a través de la potestad del *Department of Justice*, el cual utiliza al *FBI*, *USCIS*, *ICE*, entre otras autoridades ejecutoras y de investigación estadounidenses. En este trabajo se han documentado casos en los que funcionarios bancarios europeos fueron sometidos a procesos penales en territorio estadounidense, al aceptar el incumplimiento con *FATCA*, cuando les fue propuesto como una trampa por “agentes encubiertos” del *FBI*.

Aunado a lo anterior, el costo de emplear horas hombre en rastrear estadounidenses en todo el sistema bancario y reportarlo al *IRS* lo sufragan las instituciones financieras, que trasladan dicho costo a sus cuentahabientes regulares. En consecuencia, somos los ciudadanos mexicanos, sin conexión alguna con Estados Unidos quienes pagamos por la implementación de *FATCA*. Adicionalmente, la institución financiera también incurre en los costos de contratación de seguros contra posibles demandas de usuarios por actos de negligencia o derivados del mal uso de la información obtenida. Dichos gastos también los absorbe el banco y los traslada a sus clientes.

Por las razones expuestas y otras más, se concluye que, si bien es prioritario atacar la evasión fiscal internacional, las medidas para lograrlo deben ser adecuadamente enfocadas hacia las personas físicas y jurídicas que realizan estas prácticas para lograr mejores resultados, y sobre todo, basándose en el estándar de prueba de la *duda razonable*. Generalizar la evasión a todo un grupo nacional puede ser contraproducente, con magros resultados y múltiples violaciones al derecho internacional y doméstico en el camino.

Si bien los acuerdos interinstitucionales logran su objetivo de manera más rápida y práctica cuando agencias gubernamentales de dos países tratan y se obligan sin intermediarios, los mismos deben transformarse en

tratados con ratificación cuando caen en los criterios claramente trazados por las autoridades diplomáticas.

En su versión actual el acuerdo *FATCA* adolece de tales irregularidades que nuestro sistema jurídico permite su impugnación a través del juicio de amparo indirecto. Si bien no se tiene conocimiento a la fecha de un caso presentado ante juzgados federales, es previsible que ocurra, toda vez que se han presentado impugnaciones a *FATCA* en el Reino Unido, Francia, Canadá y el propio Estados Unidos, como se ha detallado en este trabajo, y sería más factible que ocurriera en México por el mayor número de estadounidenses entre nuestra población que en esos países.

Derivado del análisis de la legalidad/ilegalidad del acuerdo en estudio, así como sus potenciales consecuencias de continuar operando en su estado actual, se derivan las siguientes conclusiones y propuestas, desde distintas perspectivas.

1. *Perspectiva desde los directamente afectados, la población de origen estadounidense en el país, impugnación del acuerdo por la vía del juicio de amparo indirecto.*

Se enlistan los siguientes conceptos de impugnación:

- Establece el artículo 3 del Código Civil Federal que *“Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial”*

Comentario: El acuerdo fue dado a conocer a través de los citados anexos 25 y 25-BIS de la resolución miscelánea fiscal del año 2014, en claro incumplimiento con el artículo de referencia.

- Establece el Código Fiscal de la Federación que la asistencia fiscal internacional será llevada a cabo conforme a lo estipulado en tratados internacionales, y condicionado a la existencia de reciprocidad.

Artículo 69-A.- Las autoridades fiscales asistirán en el cobro y recaudación de los impuestos y sus accesorios exigibles por los Estados extranjeros en términos de sus respectivas legislaciones, cuando las autoridades fiscales extranjeras así lo soliciten, en los términos de los tratados internacionales de los que México sea parte, siempre que exista reciprocidad.

Comentario: El acuerdo no se contempla en lo establecido por el numeral citado, y aunado a ello, no existen obligaciones de reciprocidad fáctica en su texto, y tampoco ocurre en la práctica el intercambio equivalente de información.

- Establece el Reglamento interior de la Secretaría de Hacienda que la facultad de celebrar acuerdos de la naturaleza de FATCA es *no delegable*:

Artículo 6o. El Secretario tendrá las siguientes facultades no delegables:

XXVI. Intervenir en los convenios que celebre el Ejecutivo Federal cuando incluyan materias de la competencia de la Secretaría;

Comentario: Como se ha mencionado en este trabajo, el acuerdo FATCA fue firmado por el subsecretario de la S.H.C.P. en su momento, incumpliendo con lo establecido en el reglamento de referencia, lo cual lleva al siguiente concepto de violación, esta vez de un precepto constitucional.

- Establece el artículo 16 constitucional: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente...”

Comentario: El juicio de amparo, también llamado juicio de garantías, es el medio idóneo para proteger a los gobernados contra actos de autoridad lesivos de sus derechos, entre los que se encuentran los

extranjeros radicados en México. Este grupo poblacional es molestado en sus papeles o posesiones, por un acuerdo firmado por autoridad no competente.

- Establece el artículo 16 constitucional: “...Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos...”

Comentario: En este trabajo se ha documentado la forma en la que se obtienen los datos personales de estadounidenses con residencia en el país por parte de instituciones financieras, mediante avisos de privacidad omisos y ambiguos, o que no son lo suficientemente aclaratorios de las consecuencias de la transmisión de dicha información. La forma en la que se lleva a cabo la obtención de estos datos coloca a este grupo de personas en estado de indefensión.

- Establece el artículo 15 constitucional:

No se autoriza la celebración ... de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Comentario: El acuerdo de estudio efectivamente altera los derechos humanos de los cuales gozan los estadounidenses radicados en México, al entregar datos personales a un gobierno extranjero, cuya consecuencia será la afectación de su patrimonio.

- Establece el artículo 1 constitucional:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...

...Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Comentario: El grupo de estadounidenses radicados en el país goza de los derechos humanos y garantías que la Constitución otorga y, por tanto, les es posible protegerse contra la violación de estos por los mismos medios que los nacionales, como el juicio de amparo, pues *gozan de la protección más amplia.*

Los anteriores son, de manera enunciativa más no limitativa, conceptos de violación a la Constitución y leyes federales que vulneran los derechos del grupo de estadounidenses, contra los cuales sería factible solicitar la protección de la justicia federal por cualquier persona de dicho grupo que considere sus intereses agraviados o incluso por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

2. Perspectiva desde la autoridad recaudatoria de México, corrección de vicios de origen del acuerdo o cancelación del mismo.

Vistas las cuantiosas irregularidades del acuerdo, así como los múltiples conceptos de violación al derecho mexicano, y en el supuesto de que las autoridades recaudatorias mexicanas continuarán en los años siguientes ejerciendo este tipo de colaboración internacional, sería adecuada una revisión minuciosa a su implementación. Por principio de cuentas, el artículo 8 del acuerdo establece la realización de consultas solicitadas por cualquiera de las partes en caso de encontrar dificultades en la implementación, o la modificación del acuerdo cuando ambas partes lo acuerden por escrito. En consecuencia, y previendo posibles impugnaciones constitucionales, el gobierno federal podría solicitar consultas al gobierno estadounidense para replantear los términos del acuerdo, si lo que se pretende es continuarlo de manera eficiente.

Alternativamente, el acuerdo contempla su terminación anticipada por cualquiera de las partes, dando un preaviso a la otra parte de 12 meses. El texto del acuerdo no condiciona a las partes a la realización de ningún otro trámite o de autorización de sus congresos. En ejercicio de su soberanía,

nuestro país podría plantear la terminación del acuerdo, visto que no ha sido de utilidad para México, o utilizarlo como moneda de cambio en negociaciones en otros rubros de la relación bilateral dada la complejidad de las relaciones México-E.U.A., pero en cualquier circunstancia, no modificar los términos del acuerdo tendrá riesgos potenciales en cuanto a incumplimiento, impugnaciones y costos fuera de control.

En el caso de optar por corregir la implementación del acuerdo en el derecho mexicano sin renegociarlo con E.U.A., el mismo debería, entre otras medidas:

- Ser publicado en el Diario Oficial de la Federación como se planteó con anterioridad, en apego a lo dispuesto en el Código Civil Federal.
- Darle validez a la firma modificando el reglamento interior de la S.H.C.P. para autorizar la vigencia del acuerdo vía la firma de un subsecretario.
- Corregir los avisos de privacidad por los cuales se informa al extranjero sobre el uso que se dará a sus datos personales, mencionando los derechos ARCO, pero haciendo explícita la transmisión de éstos a las autoridades tributarias extranjeras y el agravamiento en su patrimonio como consecuencia directa.
- Reforma al texto del artículo 69-A del Código Fiscal para permitir la asistencia tributaria mediante acuerdos interinstitucionales y no tratados.
- Condicionar el envío de información sobre contribuyentes estadounidenses a la entrega de volúmenes proporcionales de información de los connacionales en el extranjero.
- Reformar los artículos constitucionales en su parte dogmática, haciendo excepciones con los extranjeros en lo referente a otorgarles los mismos derechos que a los mexicanos, lo cual se antoja complicado porque dicha igualdad se sustenta en instrumentos jurídicos internacionales de los que México es signatario. Sin

embargo, lo anterior no es imposible, pues otros países, Estados Unidos incluido, no otorga dicha igualdad en derechos fundamentales a los extranjeros (vr.g, seguridad social, estatus migratorio, acceso al trabajo formal, acceso a la educación, entre muchos otros).

Cabe mencionar que, aún tomando las medidas anteriores, el acuerdo basado en la ley estadounidense *FATCA* es de tal incongruencia con el derecho mexicano que difícilmente encuentra una recepción armoniosa en nuestro sistema jurídico.

3. *Perspectiva desde el estado mexicano y la idoneidad de los acuerdos interinstitucionales como vehículo para las relaciones internacionales, análisis de dichos instrumentos.*

En esta investigación se han documentado las iniciativas de reforma a la Ley de Celebración de Tratados que regula insuficientemente a los acuerdos interinstitucionales, como la de la senadora María Guadalupe Murguía Gutiérrez propuesta en el año 2019 en la que planteaba que los acuerdos no son contemplados en la Constitución y en consecuencia no son ley suprema de la Unión, no son aprobados por el Senado ni negociados por el Presidente, violando con esto la Carta Magna. Sobre todo, la iniciativa muestra preocupación, justificadamente, a que los acuerdos incurran en *obligaciones de estado*.

Otra propuesta de reforma, del año 2010, planteaba inquietudes similares, en específico, la de requerir del estudio y aprobación del Senado, y en concreto, planteaba dos cosas: el conocimiento previo del proyecto de acuerdo por parte del Senado, y su posterior publicación en el diario oficial. Aunado a estas, se encuentra el proyecto de decreto por el que se expide la Ley sobre Celebración y Aprobación de Tratados Internacionales también del año 2010, por parte del senador Tomás Torres Mercado, en el cual establecía que los acuerdos interinstitucionales son una figura jurídica ajena a nuestra legislación, y que permitían una *diplomacia secreta*, por su

ausencia de mecanismos de control. Hacía énfasis en que la Secretaría de Relaciones Exteriores era la única autoridad idónea y legítima para negociar y aprobar dichos acuerdos, y que en el caso de acuerdos interinstitucionales que regularan, entre otros, temas migratorios y de derechos humanos (como *FATCA*), estos tendrían que celebrarse imperativamente por la vía de los tratados con ratificación del Senado. Finalmente, la iniciativa proponía establecer criterios para las autoridades federales y locales con el fin de armonizar sus legislaciones a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado mexicano, los cuales serían de gran ventaja para la inserción armónica de *FATCA* en la actualidad.

Las iniciativas presentadas han sintetizado eficientemente las necesidades de modificación o incluso eliminación de la figura del acuerdo interinstitucional. Sin embargo, debido al tiempo que lleva operando, y en algunos casos de manera exitosa, como los acuerdos de hermanamiento de ciudades, o los de cooperación académica de universidades públicas, eliminar dicha figura de la legislación mexicana actual probablemente sería inviable.

No obstante, sería recomendable retomar las propuestas legislativas y delimitar el alcance del acuerdo interinstitucional, apegándose a los criterios de la propia S.R.E. mencionados en esta investigación: Si la materia del tratado se encuentra regulada por el artículo 73 de la CPEUM; si involucra a la nación como un todo y su aplicación tiene lugar en todo el territorio nacional; si afecta la esfera jurídica de los particulares; y si amplía o modifica la legislación existente, el acuerdo interinstitucional no sería la vía idónea.

A continuación, se presenta una propuesta de modificación a la citada Ley de Celebración de Tratados, la cual, sin necesidad de reformar aún más leyes relativas o la propia Constitución, o de eliminar la figura del acuerdo interinstitucional de nuestro sistema jurídico, limitaría materias concretas

que no deben negociarse por dicha vía sin supervisión del senado, debido a su trascendencia.

Propuesta de reforma al artículo primero de la Ley sobre la Celebración de Tratados vigente

Ley sobre la Celebración de Tratados, Artículo 1º., Texto vigente	Propuesta de reforma
<p>La presente Ley tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional. Los tratados sólo podrán ser celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal, la Fiscalía General de la República y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.</p>	<p>La presente Ley tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional. Los tratados sólo podrán ser celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal, la Fiscalía General de la República y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales. Cuando se trate de materias relacionadas con derechos humanos, migración, seguridad nacional, así como impuestos domésticos y extranjeros, la vía para su celebración será la de tratados, excluyendo a los acuerdos interinstitucionales para este propósito.</p>

Debemos continuar investigando las consecuencias de una cooperación internacional cimentada en bases endebles y con visión unilateral, así como abrir a revisión cual es la mejor manera de lograr convenios internacionales vinculantes que beneficien por igual a los países involucrados.

El derecho internacional tiene siglos de existencia y ha desarrollado instituciones y estructuras formales, eficientes y justas para lograr los

objetivos de las naciones cuando planean conjuntamente. Este debe prevalecer siempre sobre la *Real Politik*, o la “diplomacia pragmática”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuerdo de Autoridad Competente entre las autoridades competentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América, firmado el 24 de septiembre de 2015.

ALDRIDGE ANDREW, “What is a US person for IRS tax purposes?”, *US TAX & Financial Services*, E.U.A., 21 de octubre de 2012, <https://www.ustaxfs.com/what-is-a-us-person-for-irs-tax-purposes/>

ALLISON, CHRISTIANS, “A Global Perspective on Citizenship-Based Taxation”, *Michigan Journal of International Law*, E.U.A., Vol. 38, Issue 2, 2017, p. 194, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.mx/&httpsredir=1&article=1486&context=mjil>

ALTENBURGER, PETER R., *et al.*, “FATCA: US legislation with broad consequences for many”, *Swiss-American Chamber of Commerce*, 11 de septiembre de 2010.

AMADEO KIMBERLY, “Why the dollar is the global currency?”, *The Balance*, E.U.A., 5 de Octubre, 2018, <https://www.thebalance.com/world-currency-3305931>

ANGELONI CRISTIAN, “UK taxman faces lawsuit over Fatca”, *International Adviser*, Reino Unido, 2 de septiembre de 2019, <https://international-adviser.com/uk-taxman-faces-lawsuit-over-fatca/>

ARNOLD, BRIAN J., “An introduction to tax treaties”, *United Nations*, 2018, <http://www.un.org/esa/ffd/capacity-development-tax/course-dtt.html>

ASLUND, ANDERS Y FRIEDLANDER, JULIA, “Defending the United States against Russian Dark Money”, *Atlantic Council*, E.U.A, 17 de noviembre de 2020, <https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/defending-the-united-states-against-russian-dark-money/>

Banco Mundial, *El Banco Mundial en Chile*, E.U.A., (s.f.), <https://www.bancomundial.org/es/country/chile>

BARRAGÁN BARRAGÁN, JOSÉ, “Conceptos mínimos sobre la soberanía”, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bju/libros/8/3536/20.pdf>

BARRENA NÁJERA, GUADALUPE Y MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, CARLOS, *Derechos Humanos Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional Tomo III*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 64, México, 2001, p. 172.

BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, “La recepción del derecho internacional en la constitución de 1917. Hacia un nuevo sistema”, *Fuentes de derecho internacional en el siglo XXI*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, p. 15.

BECERRA RAMIREZ, MANUEL, *Hacia un nuevo sistema de recepción del derecho internacional en la Constitución mexicana*, Estado de derecho y transición jurídica, México, UNAM, 2002, p. 143.

BERKHOUT, ESMÉ, “Guerras fiscales: la carrera a la baja en la fiscalidad empresarial”, *OXFAM International*, 12 de diciembre de 2016, <https://www.oxfam.org/es/informes/guerras-fiscales-la-carrera-la-baja-en-la-fiscalidad-empresarial>

BERTHELSEN CHRISTIAN, FARRELL, GREG Y SCHOENBERG, TOM, “Standard Chartered May Face Another Fine for Iran Sanctions Breaches”, *Bloomberg*, E.U.A., 28 de Agosto de 2018, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-29/standard-chartered-may-face-another-fine-for-sanctions-breaches>

BERTRAND, EVA, “US citizens moving to Russia – interview”, *The voice of Russia*, Rusia, 20 de diciembre de 2012, https://web.archive.org/web/20171106134706/https://sputniknews.com/voicofrussia/2012_12_20/US-citizens-moving-to-Russia-interview/

BESLEY, TIMOTHY Y PERSSON, TORSTEN, “Why Do Developing Countries Tax So Little?”, *Journal of Economic Perspectives*, E.U.A., Vol. 28, 2004, p. 99.

BEVERLY M., CARL, “La competencia en el derecho internacional privado de los Estados Unidos”, *Pontificia Universidad Católica del Perú*, Perú, Núm. 40, 1986, p. 60.

BRAITHWAITE TOM, *et al.*, “Banks battle over US tax law”, *Financial Times*, E.U.A., 12 de Junio de 2011, <https://www.ft.com/content/60896702-9521-11e0-a648-00144feab49a>

BRAND, RONALD A., “External Sovereignty and International Law”, *Fordham International Law Journal*, E.U.A., vol. 18, número 5, 1994, p. 1685.

BRODZKA, ALICJA, “The deadweight cost of implementation of the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA).”, *NAUKI O FINANSACH FINANCIAL SCIENCES*, Polonia, 2014, p.12.,
https://www.researchgate.net/publication/287846877_The_deadweight_cost_of_implementation_of_the_Foreign_Account_Tax_Compliance_Act_FATCA

BROWNING, LYNNLEY, “Profit Shifting”, *Bloomberg*, E.U.A. 2018,
<https://www.bloomberg.com/quicktake/profit-shifting>

BRUNSON, SAMUEL D., “The U.S. as Tax Haven? Aiding Developing Countries by Revoking the Revenue Rule”, *COLUMBIA JOURNAL OF TAX LAW*, E.U.A., vol. 5, no. 2, 2014.

BURGGRAF, HELEN, “American expatriate lawyer sues IRS, U.S. Treasury over 'Transition Tax’”, *American Expat Financial News Journal*, Reino Unido, 2 de febrero de 2019,
<https://www.americanexpatfinance.com/tax/item/104-american-expat-sues-irs-treasury-over-transition-tax>

BURGGRAF, HELEN, “Accidental Americans Ass'n hits renunciation fee lawsuit crowdfunding target”, *American Expat Financial News Journal*, Reino Unido, 7 de septiembre de 2020,
<https://americanexpatfinance.com/news/item/515-accidental-americans-assn-hits-renunciation-fee-lawsuit-crowdfunding-target>

BURGGRAF, HELEN, “Anti-FATCA lawsuit plaintiff vows fight against FATCA ‘will go on’”, *International Investment*, Canada, 2018,
<http://www.internationalinvestment.net/products/tax/anti-fatca-lawsuit-plaintiff-vows-fight-fatca-will-go/>

BURGGRAF, HELEN, “FATCA petition in Germany, as 'accidentals' and others reported to struggle with banks there too”, *American Expat Financial News Journal*, Reino Unido, 8 de octubre de 2020,
<https://americanexpatfinance.com/news/item/536-fatca-petition-germany-as-accidentals-struggling-there-too>

BURGGRAF, HELEN, “Uproar as some Dutch banks begin freezing accounts of Americans lacking TINs”, *American Expat Financial News Journal*, Reino Unido, 8 de enero de 2020,
<https://americanexpatfinance.com/news/item/346-uproar-as-dutch-banks-begin-freezing-accounts-of-americans>

BURGRAFF, HELEN, “Yet more surprises in latest (and largest ever) quarterly U.S. renunciation names list, renounce-data-watchers say”, *American Expat Financial News Journal*, E.U.A., 11 de mayo de 2020,

<https://americanexpatfinance.com/news/item/436-more-surprises-in-latest-quarterly-renunciation-list>

BYRNES, WILLIAM Y MUNRO, ROBERT J., "Background and Current Status of FATCA", *Texas A&M University School of Law, E.U.A., Legal Studies Research Paper Series*, 1 de marzo de 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2926119

CABEZAS, MONTANO, "Reasons for Citizen-Based Taxation?", *Penn State Law Review*, E.U.A., Vol. 121:1, 19 de septiembre de 2016, p. 102, <http://www.pennstatelawreview.org/wp-content/uploads/2016/10/ARTICLE-3-CABEZAS.pdf>

CALDER V. JONES, 465 U.S. 783 (1984), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/465/783.html>

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, Código Federal de Procedimientos Civiles, México, art. 132,

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, *Código Fiscal de la Federación*, 9 de Diciembre de 2013, art. 69.

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación*, México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre de 2013.

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, *Ley del Impuesto sobre la Renta*, Ciudad de México, 30 de Noviembre de 2016, art. 179.

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, *Ley Federal de Protección al Consumidor*, México, art. 73 TER.

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, *Qué caracterizamos bajo la locución "leyes generales": tratados internacionales de derechos humanos y estructura jerárquica del sistema jurídico mexicano*, México, Distrito Federal, 2012, p. 11.

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, *Ley Sobre la Celebración de Tratados*, México, 2 de enero de 1992, art. 7.

Cámara De Diputados, Lix Legislatura, *Extraterritorialidad de la ley: Caso Sheraton*, México, Marzo 2006, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/re/RE-ISS-03-06.pdf>

Cámara De Senadores, *Proyecto de decreto, por el que se expide la ley general sobre celebración y aprobación de tratados*, México, 13 de abril de 2010,

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2010/04/asun_2652114_20100415_1271357514.pdf

CASTRO, MIRIAM, “Países pobres son los más afectados por la evasión fiscal”, *Milenio*, México, 2016, <http://www.milenio.com/negocios/paises-pobres-son-los-mas-afectados-por-la-evasion-fiscal>

CFR.Title 28. Judicial Administration. Chapter I. Department of Justice.

CHAVIRA VILLAGÓMEZ, RICARDO, “La recepción del derecho Romano en México”, *Ponencia-Resumen, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*, México, (s.f.), <https://www.ehu.es/documents/3012743/4522505/Chavira-Villagomez-Ricardo.pdf>

CHRISTIANS, ALLISON, “IRS claims statutory authority for FATCA agreements where no such authority exists”, *Tax, Society & Culture*, Canadá, 4 de julio de 2014, <http://taxpol.blogspot.com/2014/07/irs-claims-statutory-authority-for.html>

CLAUSING, KIMBERLY A., “Profit shifting and U.S. corporate tax policy reform”, *Washington Center for Equitable Growth*, E.U.A., 2016, <http://cdn.equitablegrowth.org/wp-content/uploads/2017/09/27115444/051016-clausing-profit-shifting.pdf>

COBHAN, ALEX Y JANSKY, PETR, “Global distribution of revenue loss for tax avoidance”, *United Nations University World Institute for Development Economics Research*, Finlandia, Working Paper 2017/55, 2017, <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/wp2017-55.pdf>

Colegio De Contadores Públicos De México, “FATCA: impactos para el sector financiero y los inversionistas en México”, *Boletín de Investigación Comisión Fiscal*, México, 2013.

COLLADO YURRITIA, MIGUEL ÁNGEL, *et al.*, *Intercambio Internacional de Información Tributaria: Avances y Proyección Futura*, Navarra, Thomson Reuters, 2011, p.36.

Committee Of Experts On International Cooperation In Tax Matters, *Revision of the Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, E/C.18/2011/CRP.11, 2011, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/8STM_CRP11_Add3_BasicApproaches.pdf

Congreso De La Unión, *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, México, 29 de Diciembre de 1976, art. 31.

Constitución De Los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 76 F. I.

Convención De Viena, Sobre El Derecho De Los Tratados, Viena, Austria, firmado el 23 de mayo de 1969.

Convención De Viena, Sobre El Derecho De Los Tratados, Viena, Austria, firmado el 23 de mayo de 1969.

Convention On The Organisation For Economic Co-Operation And Development, Paris, Francia, firmada el 14 de diciembre de 1960.

Cook v. Tait, 265 U.S. 47 (1924)

COTORCEANU, PETER A., “Hiding in plain sight: how non-US persons can legally avoid reporting under both FATCA and GATCA”, *Trusts & Trustees*, E.U.A., Vol. 21, No. 10, 2015, p. 1051.,

https://www.gatcaandtrusts.com/wordpress2/wp-content/uploads/2017/03/Trusts-Trustees-2015-tandt_ttv178.pdf

Crawford V. United States Department Of Treasury, No. 16-3539 (6th Cir. 2017)

CRISTIAN ANGELONI, “France sued by ‘Accidental Americans’ over Fatca”, *International Adviser*, Reino Unido, 2019, <https://international-adviser.com/france-sued-by-accidental-americans-over-fatca/>

Daftary, Cyrus, “FATCA responsible officer: the title no one wants”, *Compliance Alert*, (s.f.), <https://calert.info/details.php?id=770>

Damion St. Patrick Bastón v. United States, No. 16-5454, decided March 6, 2017.

DARBY, JOSEPH J., “Confiscatory Taxation”, *The American Journal of Comparative Law*, E.U.A., Vol. 38, 1990, p. 545-555.

DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN, “El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI., 2006,

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256>

Department of the Treasury, “ Quarterly Publication of Individuals, Who Have Chosen To Expatriate, as Required by Section 6039G”; *Federal Register*, E.U.A., 1 de Agosto de 2018,

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2018-08-01/pdf/2018-16475.pdf>

Diario Oficial de la Federación, *Anexo 25 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020*, 17 de enero 2020.

Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [15/04/2020].

Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea].
<<https://dle.rae.es>> [22/04/2020].

E.E.O.C. v. Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244 (1991).

“¿En qué consiste la normativa FATCA?”, *CTi Soluciones*, España, 2020,
<https://www.ctisoluciones.com/blog/consiste-la-normativa-fatca>

ENOS, GABY, “IRS Unable to Administer FATCA Despite Seven Years and Spending 380 Million in Taxpayer dollars”, *AMERICANS FOR TAX REFORM*, E.U.A., 2018, <https://www.atr.org/irs-unable-administer-fatca-despite-seven-years-and-spending-380-million-taxpayer-dollars>

European Banking Federation and Institute of International Bankers, *Re: Comments on Notice 2010-60 Providing Preliminary Guidance on FATCA*, 12 de Noviembre de 2010,
https://c.yimcdn.com/sites/www.iib.org/resource/resmgr/imported/20101112EBF-IIBletter_Notice%202010-60.pdf

FATCA Summary Trial Filing, *Maple Sandbox*. Canadá, 5 de mayo de 2015,
<http://maplesandbox.ca/2015/05/05/fatca-summary-trial-filing/>

Federal Voting Assistance Program, *Overseas Citizen Population Analysis*, E.U.A., Vol. 1. Participation and Voting Rates Estimation Prototype, Febrero de 2016, https://www.fvap.gov/uploads/FVAP/Reports/FVAP-OCPA_201609_final.pdf

FERNÁNDEZ CAMPBELL, ALEXIA, “The Truth About Undocumented Immigrants and Taxes”, *The Atlantic*, Estados Unidos, 12 de septiembre de 2016,
<https://www.theatlantic.com/business/archive/2016/09/undocumented-immigrants-and-taxes/499604/>

Financial Crimes Enforcement Network, *Financial Fraud Enforcement Task Force (FFETF)*, E.U.A., acceso el 21 de diciembre de 2020,
<https://www.fincen.gov/financial-fraud-enforcement-task-force-ffetf>

Foley Bros., Inc. v. Filardo, 336 U.S. 281 (1949)

“Formato de autocertificación de personas físicas.” Seguros Monterrey. 23 de abril de 2020,
<https://www.mnyl.com.mx/sharedassets/pdf/normatividad/formato-de-auto-certificacion-de-personas-f%C3%ADsicas.pdf>

“FORMULARIO DE AUTO-CERTIFICACIÓN PERSONAS FÍSICAS”, Banco Mercantil del Norte S.A., Institución de Banca Múltiple, acceso el 20 de diciembre de 2020,

https://www.banorte.com/cms/gfb/banorte_le_informa/regulaciones_fatca-crs/Auto-Certificacion-Personas-Fisicas.pdf

GARCÍA PRATS, ALFREDO, “Retos de la fiscalidad internacional en la etapa post-BEPS”, *Cuestiones actuales de planeación fiscal internacional*, Málaga, 2017.

GOODMAN, PETER S. “The Dollar Is Still King. How (in the World) Did That Happen?”, *The New York Times*, E.U.A., 22 de febrero, 2019.

GRAVELLE, JANE G., “Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion”. *Congressional Research Service*, E.U.A., 2015, p. 1.

GREEN, SHAWN, “China’s Relationship with the Contentious U.S. FATCA”, *China Briefing*, Hong Kong, 5 de febrero de 2014, <https://www.china-briefing.com/news/china-and-the-u-s-foreign-account-tax-compliance-act/>

GROPP, REINT Y KOSTIAL, KRISTINA, “La IED y los impuestos a las sociedades ¿Armonización o competencia tributaria?”, *Finanzas & Desarrollo*, E.U.A., junio de 2001, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/06/pdf/gropp.pdf>

GUERRERO GÓMEZ, GERARDO, “Derecho y práctica en materia de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos en México y Estados Unidos”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, núm. 109, enero-abril de 2017, p. 4.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, ANGÉLICA, “La soberanía fiscal, la potestad tributaria y los convenios para evitar la doble imposición”, *Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España*, España, 2014, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4730438.pdf>

H.R.3162 - Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001

H.R.927 - Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996, <https://www.congress.gov/104/plaws/publ114/PLAW-104publ114.pdf>

HARLIN GOODNO, NAOMI, “When the Commerce Clause Goes International: A Proposed Legal Framework for the Foreign Commerce Clause”, *Florida Law Review*, E.U.A., Vol. 65, Issue 4, Julio 2013, p.p. 1175.

Henry v. Sargeant, 13 N.H. 321 (1843)

HER MAJESTY, QUEEN IN RIGHT, v. GILBERTSON, 597 F.2d 1161 (9th Cir. 1979)

Holshouser v. Copper Co., 50 S.E. 650, 138 N.C. 248 (N.C. 1905)

HUAXIA, “CPC issues guidelines for strengthening united front work involving private sector”, *Xinhuanet*, Beijing, 15 de septiembre de 2020, http://www.xinhuanet.com/english/2020-09/15/c_139370791.htm

Interagency Task Force on Financing for Development, “International efforts to combat tax avoidance and evasion”, *United Nations, Inter-agency Task Force on Financing for Development*, (s.f.), <https://developmentfinance.un.org/international-efforts-combat-tax-avoidance-and-evasion>

Internal Revenue Service, *The Tax Gap*, E.U.A, 20 de mayo de 2021, <https://www.irs.gov/statistics/irs-the-tax-gap>

Internal Revenue Service, “Data Book 2015”, *Department of the Treasury*, Publication 55B, E.U.A., Marzo de 2016, <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/15databk.pdf>

Internal Revenue Service, *11.3.25 Disclosure to Foreign Countries Pursuant to Tax Treaties*, E.U.A., acceso el 5 de enero de 2021, https://www.irs.gov/irm/part11/irm_11-003-025

Internal Revenue Service, *Instructions for Form 8938 Statement of Specified Foreign Financial Assets*, E.U.A., 2017, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i8938.pdf>

Internal Revenue Service, *Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR)*, E.U.A., 23 de septiembre de 2020, <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/report-of-foreign-bank-and-financial-accounts-fbar>

Internal Revenue Service, *Summary of FATCA Reporting for U.S. Taxpayers*, E.U.A., 7 de junio de 2021, <https://www.irs.gov/businesses/corporations/summary-of-fatca-reporting-for-us-taxpayers>

Internal Revenue Service, *Tax Guide for U.S. Citizens and Resident Aliens Abroad*, E.U.A., 2017, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p54.pdf>

Internal Revenue Service, *Taxpayers living abroad*, E.U.A., 3 de junio de 2021, <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/taxpayers-living-abroad>

Internal Revenue Service, *Understanding Tax Return Preparer Credentials and Qualifications*, E.U.A., 3 de noviembre de 2020, <https://www.irs.gov/tax-professionals/understanding-tax-return-preparer-credentials-and-qualifications>

Internal Revenue Service, *W-8BEN Certificate of Foreign Status of Beneficial Owner for United States Tax Withholding and Reporting (Individuals)*, E.U.A., 2017, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/fw8ben.pdf>

International Consortium of Investigative Journalists, *About*, 2021, <https://www.icij.org/about/>

International Monetary Fund, *Offshore Financial Centers IMF Background Paper*, Prepared by the Monetary and Exchange Affairs Department, 23 de junio de 2000, <http://www.imf.org/external/np/mae/oshore/2000/eng/back.htm#I>

International Shoe v. State of Washington, 326 U.S. 310 (1945), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/>

ISENBERGH, JOSEPH, *International Taxation*, 3 ed., E.U.A., Thomson Reuters, 2010, p. 3.

ISRAEL, EMMA Y BATALOVA, JEANNE, “Mexican Immigrants in the United States”, *The Online Journal of the Migration Policy Institute*, E.U.A., 5 de noviembre de 2020, <https://www.migrationpolicy.org/article/mexican-immigrants-united-states-2019>

JACKSON, JOHN H., “Sovereignty – Modern: A New Approach to an Outdated Concept”, 97 Am. J. Int’L. E.U.A., 782-802, 2003.

JATRAS JAMES, GEORGE, “Unauthorized FATCA Intergovernmental Agreements’Are Part of Obama’s Executive Overreach”, *Forbes*, E.U.A., 28 de julio de 2014, <https://www.forbes.com/sites/realspin/2014/07/28/authorized-fatca-intergovernmental-agreements-are-part-of-obamas-executive-overreach/?sh=732cbf6d237e>

JENSEN, ERIC M, *The Taxing Power A Reference Guide to the United States Constitution*, Estados Unidos, Praeger, 2005, p.2.

KARSTEN, JACK, “As criminals adapt to new technology, so must international law”, *Brookings Institution*, E.U.A, The Justice Stephen Breyer Lecture Series on International Law, 2017, <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2017/04/21/as-criminals-adapt-to-new-technology-so-must-international-law/>

- KEOHANE ROBERT O., “Reciprocity in International Relations”, *International Organization*, E.U.A., vol. 40, No. 1, 1986, p.p. 6-7.
- KNOLL MICHEL S., “Reconsidering International Tax Neutrality”, *University of Pennsylvania Law School*, E.U.A., Paper 268, 2011, p. 107.
- L. FREEZE, JOHN, “Extraterritorial enforcement of foreign revenue laws”, *Washington University Law Review*, E.U.A., vol. 23, issue 3, 1938, p. 4.
- Labor Union of Pico Korea, Ltd. v. Pico Prods., Inc., 968 F.2d 191, 194 (2d Cir.), cert. denied, 506 U.S. 985 (1992)
- Legal Information Institute, *Double Taxation*, Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/double_taxation
- Legal Information Institute, *Tax Evasion*, Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/tax_evasion
- LEHMANN MATTHIAS, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, E.U.A., Vol. 41:381, 2012, <https://www.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Lehmann-author-changes-ARJ-final-supra-check.pdf>
- LESSER, HUGO, “How does FATCA affect Americans Working Overseas”, *Forum for Expatriate Management*, 2018, <https://www.forum-expat-management.com/users/33203-hugo-lesser/posts/30455-how-does-fatca-affect-americans-working-overseas>
- LÓPEZ ESPADAFOR, CARLOS MARÍA, “Recorrido transnacional de la soberanía tributaria”, *Cuadernos de derecho transnacional*, España, Vol. 10, Nº 1, 2018, pp. 306-330.
- LÓPEZ NORIEGA, SAÚL, “Manual para (no) pagar impuestos”, *Nexos*, México, 1 de octubre de 2013, <https://www.nexos.com.mx/?p=15506>
- Ludlow v. Van Rensselaer 1 Johns. R. 94 (N.Y. 1806)
- MALLINAK, BRENDA, “The Revenue Rule: A Common Law Doctrine for the Twenty-First Century”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, E.U.A., vol. 16, number 1, 2006, p. 94.
- MASON RUTH, “Federalism and the Taxing Power”, *California Law Review*, E.U.A., vol. 99, issue 4, 2011, p. 994.
- MCDANIEL, PAUL R., ET AL., *Introduction to United States International Taxation*, 6 ed., E.U.A., Wolters Kluwer, 2014, p. 49.

MCGOWAN JOHN R. Y LUH TROY, “The HIRE Act of 2010”, *The Tax Adviser*, E.U.A., 30 de noviembre de 2010, <https://www.thetaxadviser.com/issues/2010/dec/mcgowan-dec10.html>

“México logra récord de ingresos tributarios en 2017”, *Milenio*, México, 12/02/2018, <https://www.milenio.com/negocios/mexico-logra-record-ingresos-tributarios-2017>

MENDOZA LÓPEZ DORIS TERESITA, “Incorporación del derecho internacional tributario al derecho nacional; las medidas del plan de acción OCDE/G20 para corregir asimetrías entre legislaciones fiscales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie*, México, año XLX, núm. 149, mayo-agosto de 2017. p. 833.

MENDOZA LÓPEZ, DORIS TERESITA, “La lucha del derecho internacional tributario contra la planeación fiscal agresiva”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, México, vol. XVI, 2016, p. 7.

MEYER, PETER J., “U.S. Foreign Assistance to Latin America and the Caribbean: FY2018 Appropriations”, *Congressional Research Service*, E.U.A., 9 de mayo de 2018, p. 6., <https://fas.org/sgp/crs/row/R45089.pdf>

MISEY JR., ROBERT J., Y SCHADEWALD, MICHAEL S., *Practical Guide to U.S. Taxation of International Transactions*, 3er. Ed., E.U.A., Wolters Kluwer, 2015, p. 15.

MONTES DE OCA, MARÍA DEL PILAR, “¿Porqué en México no existe una lengua oficial?”, *Excelsior*, México, 12 de junio de 2018, <https://www.excelsior.com.mx/nacional/por-que-en-mexico-no-existe-una-lengua-oficial/1244925>

MOON, PATRICIA, “Congressman Bill Posey asks Treasury Secretary Mnuchin to deal with #FATCA”, *Alliance For The Defeat Of Citizenship Taxation*, Canadá, 29 de septiembre de 2017, <http://www.citizenshiptaxation.ca/congressman-bill-posey-asks-treasury-secretary-mnuchin-to-deal-with-fatca/>

Moore v. Mitchell, 281 U.S. 18, 50 S. Ct. 175 (1930)

MULLIGAN, STEPHEN P., “Two Supreme Court Cases to Test Limits on Foreign Sovereign Immunity for Holocaust Harms”, *Congressional Research Service*, E.U.A., 16 de diciembre de 2020, https://www.everycrsreport.com/files/2021-02-05_LSB10563_eb18d5e1e3faca9266155d2d1af860bdc176cb74.pdf

Murray v. The Charming Betsey, 6 U.S. 64 (1804).

“Municipal Council of Sydney v. Bull, (1909) 1 K.B. 7” Moore v. Mitchell, 281 U.S. 18, 19 (1930)

Naciones Unidas, *Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas*, Colección de Tratados, 2018, <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#memoranda>

NEATE, RUPERT Y SMITH, DAVID, “Obama calls for international tax reform amid Panama Papers revelations”, *The Guardian*, Reino Unido, 5 de abril de 2016, <https://www.theguardian.com/news/2016/apr/05/justice-department-panama-papers-mossack-fonseca-us-investigation>

NEWLOVE, RUSSELL, “Why expat Americans are giving up their passports”, *BBC NEWS*, Reino Unido, 2016, <http://www.bbc.com/news/35383435>

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMERTO, *ET AL.*, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales Núm. 193, 1998.

OBERMAYER, BASTIAN, *ET AL.*, “Giant Leak of Offshore Financial Records Exposes Global Array of Crime and Corruption”, *The International Consortium of Investigative Journalists*, 3 de abril de 2016, <https://panamapapers.icij.org/20160403-panama-papers-global-overview.html>

OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

OECD and Council of Europe, *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, amended by Protocol in 2010*, Paris, 2011, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#page1

OECD, *The OECD at 60*, Paris, 2020, <https://www.oecd.org/60-years/>

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Automatic Exchange Portal*, Paris, (s.f.), <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/>

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Harmful Tax Competition*, 1998, p. 20.

Organisation for Economic Co-operation and Development, *NON-DISCRIMINATION IN BILATERAL TAX CONVENTIONS*, 19 de Abril de 1996, <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/eg2/eg2rd961e.pdf>

Organisation for Economic Development and Cooperation, *BEPS Actions*, 2019, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>

Organisation for Economic Development and Cooperation, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, Paris, (s.f.), <http://www.oecd.org/tax/transparency/>

Organisation for Economic Development and Cooperation, *Report on abuse of charities for money-laundering and tax evasion*, Centre for Tax Policy and Administration, 24 de febrero de 2009, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/42232037.pdf>

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Acuerdo sobre Intercambio de Información Tributaria*), 2018, <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/37975122.pdf>

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)*, 2018, <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/taxinformationexchangeagreementstieas.htm>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*, 17 de julio de 2008, <https://www.oecd.org/tax/treaties/42219418.pdf>

ORTEGA CARREÓN, CARLOS ALBERTO, *Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 2009, p.80.

PARISI, FRANCESCO, “The Formation of Customary Law”, *George Mason University School of Law, E.U.A., Law and Economics Research Papers Series*, 2001, p. 13., <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.330.4165&rep=rep1&type=pdf>

“Pasquantino v. United States - 544 U.S. 349, 125 S. Ct. 1766 (2005)”, Law School Case Brief, Lexis Nexis, <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-pasquantino-v-united-states>

PAYNE, ROBERT, “The United States is not a participant in the OECD’s Common Reporting Standard”, *Adam Global*, Reino Unido, 14 de febrero de 2019, <https://www.adamglobal.com/blogs/accounting/taxation/united-states-not-participant-oecds-common-reporting-standard/>

PINSENT MASONS, "UK FATCA' - the disclosure to HMRC of information about reportable accounts held by UK taxpayers in the Crown Dependencies and Overseas Territories", *out-law / your daily need-to-know*, Reino Unido, 1 de abril de 2016, <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/uk-fatca---the-disclosure-to-hmrc-of-information-about-reportable-accounts-held-by-uk-taxpayers-in-the-crown-dependencies-and-overseas-territories>

PITTMAN, ANDREW B., "Ambassadorial Waiver of Foreign State Sovereign Immunity to Domestic Adjudication in United States Courts", *Washington and Lee Law Review*, E.U.A., Vol. 58, Issue 2, 2001, p.p. 648.

POSTACIOGLU, I.E., "The Technique of reception of a foreign code of law", *International social science bulletin*, IX, 1, 1957, p.p.54-60.

RADDEN KEEFE PATRICK, "The bank robber", *The Newyorker*, 30 de mayo de 2016, <https://www.newyorker.com/magazine/2016/05/30/herve-falcianis-great-swiss-bank-heist>

RICCIUTI, ROBERTO, ET AL., "Low tax collection in developing economies has a more devastating impact than we thought", *Quartz Africa*, Reino Unido, Marzo 15, 2019, <https://qz.com/africa/1573957/developing-countries-will-benefit-from-better-tax-collection/>

RICHELLE, ISABELLE Y TRAVERSA, EDOARDO, *The History of double taxation conventions in Belgium*, Bélgica, Anthemis, Groupement belge de l'IFA - Centre d'étude de droit fiscal, 2013, p.53-71.

ROHATGI, ROY, *Basic International Taxation, Volume I- Principles of International Taxation*, 2a ed., Reino Unido, Richmond Law & Tax Ltd., 2005, p. 1.

ROJAS, ANA GABRIELA, "Estadounidenses en México: por qué cada vez más deciden mudarse pese a la campaña de Trump contra el país", *BBC Mundo*, Reino Unido, 24 de julio de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48998509>

RUDICK, HARRY J., "The problem of personal income tax avoidance", 7 *Law and contemporary problems*, E.U.A., 1940, p.245.

RUIZ BRAVO, HERNÁN DE J., "La extraterritorialidad de las leyes internas: algunas cuestiones procesales", *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, Número 53, 1998, p. 35.

RUIZ RODRÍGUEZ, SUSANA. ET AL., "Tributación para un crecimiento inclusivo", *Naciones Unidas*, Santiago, LC/L.41592016, marzo de 2016, <https://www.oxfamexico.org/sites/default/files/InformaES.pdf>

RUMMEY, EMMA, “More than 100 nations sign up to OECD tax cooperation project”, *Public Finance International*, Eslovenia, 30 de Agosto de 2016,

<https://www.publicfinanceinternational.org/news/2016/08/more-100-nations-sign-oecd-tax-cooperation-project>

SALDÍVAR, BELÉN M., “México ha recibido alrededor de 300,000 registros por FATCA”, *El Economista*, México, 04 de septiembre de 2017,

<https://www.eleconomista.com.mx/economia/Mexico-ha-recibido-alrededor-de-300000-registros-por-FATCA-20170904-0093.html>

SALDÍVAR, BELEN, “Contribuyentes adeudan 740,156 millones de pesos al SAT”, *El Economista*, México, 12 de abril de 2020,

<https://www.eleconomista.com.mx/economia/Contribuyentes-adeudan-740156-millones-al-SAT-20200413-0003.html>

SANTOS THERIOT, Luis, *Derecho Fiscal Internacional*, Granada, Comares, 2011, p. 31.

SCHOENBERG TIM, “Walmart Deadlocked With U.S. Over Bribery Probe”, *Bloomberg*, E.U.A., 2 de agosto de 2018,

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-02/walmart-is-said-to-be-deadlocked-with-u-s-over-bribery-probe>

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Acuerdo entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América en materia de Intercambio de Información Financiera con respecto a FATCA*, 20 de Noviembre de 2012.

Secretaría de Relaciones Exteriores, *Guía para la conclusión de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados*, México, (s.f.),

<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/guia.pdf>

Senado de la República LXIV Legislatura, *Función de control*, México, (s.f.),

http://www.senado.gob.mx/64/sobre_el_senado/funcion_de_control

Senado de la República, *Iniciativa con proyecto de decreto, a cargo de la senadora María Guadalupe Murguía Gutiérrez, por el que se reforma la ley sobre la celebración de tratados*, México, 14 de marzo de 2019.

SEPÚLVEDA, CÉSAR, *Derecho Internacional*, 16 ed., México, Porrúa, 1991, p. 67.

SHAW, MALCOM N., *International Law*, 6a. Ed., Reino Unido, Cambridge, 2008, p. 162.

SILVER, BARBARA A., “Modernizing the Revenue Rule: The enforcement of Foreign Tax Judgements”, *Ga. j. Int’l & Comp. l.*, E.U.A., vol. 22:609, 1992, p. 611.

SMITH, CLAIRE M., “These are our Numbers: Civilian Americans Overseas and Voter Turnout“, *OVF Research Newsletter*, E.U.A., vol. 2, issue 4, 2010, p. 6.

SMITH, LISA, “FATCA Hits The Buffers In Russia”, *iExpats*, 14 de marzo de 2013, <https://www.iexpats.com/fatca-hits-the-buffers-in-russia/>

State of Colorado v. Harbeck, 133 N.E. 357 (NY 1921)

State of Colorado v. Harbeck, 232 N.Y. 71, 133 N.E. 357 (N.Y. 1921)

STORY, JOSEPH, “Story’s Commentaries on the Conflict of Laws—One Hundred Years After”, *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, E.U.A., 1934

Supreme Court of Canada, *United States of America v. Harden*, [1963] S.C.R. 366 Date: 1963-10-02

SWANSON, ANA, “The ultra-rich are hiding way more money overseas than anyone realized”, *The Washington Post*, E.U.A., 1 de junio de 2017, https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2017/06/01/researchers-are-figuring-out-just-how-much-wealth-the-super-rich-are-hiding-overseas/?utm_term=.b139bd9b9802

Tax avoidance: Individuals’ common schemes, *BBC NEWS*, Reino Unido, 26 de abril de 2013, <http://www.bbc.com/news/business-17665780>

The Association of Americans Resident Overseas, *A FATCA Compliant Filed Against BNP Paribas Bank in France*, 27 de abril de 2018, <https://www.aaro.org/issues/fatca/657-a-fatca-complaint-filed-against-bnp-paribas-bank>

The Emperor of Austria and King of Hungary, v. Day and Kossuth

The Paquete Havana, 175, U.S. 677, 700 (1990).

The world factbook. *El valor del comercio neto de Estados Unidos*. 2019, <https://www.cia.gov/library/Publications/the-world-factbook/fields/238.html#US>

Treasury Inspector General for Tax Administration, *Despite Spending Nearly \$380 Million, the Internal Revenue Service Is Still Not Prepared to Enforce Compliance With the Foreign Account Tax Compliance Act*, 5 de julio de 2018,

<https://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2018reports/201830040fr.pdf>

Treasury Inspector General for Tax Administration, *Despite spending nearly \$380 million, the internal revenue service is still not prepared to enforce compliance with the foreign account tax compliance act*, E.U.A., 5 de julio de 2018,

https://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2018reports/201830040_oa_highlights.html

Treasury Inspector General for Tax Administration, *Exchange of Information Capabilities Are Underutilized by the Internal Revenue Service*, E.U.A., 11 de septiembre de 2017,

<https://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2017reports/201730077fr.pdf>

TV AZTECA, S.A.B. DE C.V., PATRICIA CHAPOY, AND PUBLIXMAN, S.A. DE C.V., Appellants, v. GLORIA DE LOS ANGELES TREVINO RUIZ, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER MINOR CHILD, ANGEL GABRIEL DE JESUS TREVINO, AND ARMANDO ISMAEL GOMEZ MARTINEZ, Appellees. On appeal from the 139th District Court of Hidalgo County, Texas., <https://cases.justia.com/texas/thirteenth-court-of-appeals/13-12-00536-cv.pdf?ts=1391078620>

U.S. Const, art. I, § 8.

U.S. Department of the Treasury, *Foreign Account Tax Compliance Act*, (s.f.), <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>

U.S. Department of the Treasury, *Role of the Treasury*, (s.f.), <https://home.treasury.gov/about/general-information/role-of-the-treasury>

U.S. Department of Treasury, *Foreign Account Tax Compliance Act*, 2019, <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/pages/fatca.aspx>

U.S.-China Economic and Security Review Commission, *“Chinese Companies Listed on Major U.S. Stock Exchanges”*, E.U.A., 2 de octubre de 2020, <https://www.uscc.gov/research/chinese-companies-listed-major-us-stock-exchanges>

UN Committee’s Subcommittee on Practical Transfer Pricing Issues, *An Introduction to Transfer Pricing, United Nations Geneva Meeting*, 2012, http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011_TP/TP_Chapter1_Introduction.pdf

United Nations International Law Commission, *Draft Principles of State Responsibility*, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

United Nations, Department of Economic and Social Affairs, *Trends in International Migrant Stock: Migrants by Destination and Origin*, 2015, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/data/UN_MigrantStockByOriginAndDestination_2015.xlsx

United States Department of Justice, *Former Executive of Loyal Bank Ltd Pleads Guilty to Conspiring to Defraud the United States by Failing to Comply with Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, E.U.A., 11 de septiembre de 2018, <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/former-executive-loyal-bank-ltd-pleads-guilty-conspiring-defraud-united-states-failing>

United States Department of Justice, *Four Individuals Charged with Conspiring to Defraud the United States by Failing to Comply with Foreign Account Tax Compliance Act*, E.U.A., 22 de marzo de 2018, <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/four-individuals-charged-conspiring-defraud-united-states-failing-comply-foreign>

United States Department of State, *Apostille Requirements*, E.U.A., (s.f.), <https://travel.state.gov/content/travel/en/records-and-authentications/authenticate-your-document/apostille-requirements.html>

US Department of the Treasury, *Foreign Account Tax Compliance Act*, E.U.A. (s.f.), <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

USA v. James Gatlin, No. 16-10174 (5th Cir. 2017)

VALADÉS, DIEGO, “La lengua oficial y las lenguas nacionales en México y en derecho comparado”, *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 516.

VAQUER FERRER, FRANCISCO ANTONIO, “Establecimiento permanente y economía digital: Especial referencia a las empresas intermediadoras en el ámbito del turismo colaborativo”, *Bitácora Millennium DIPr*, Zaragoza, N° 3 (enero-junio 2016), 2016, <http://www.millenniumdipr.com/ba-42-establecimiento-permanente-y-economia-digital-especial-referencia-a-las-empresas-intermediadoras-en-el-ambito-del-turismo-colaborativo>

VENTURA DÍAS, VIVIANNE Y DURÁN LIMA, JOSÉ ELÍAS, “Comercio intrafirma: concepto alcance y magnitud”, *CEPAL*, Serie Comercio

Internacional 44, Santiago de Chile, 2003,
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4384/1/S2003732_es.pdf

VULLIAMY, ED, “HSBC has form: remember Mexico and laundered drug money”, *The Guardian*, Londres, 15 de Febrero de 2015,
<https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/15/hsbc-has-form-mexico-laundered-drug-money>

WEEGHEL, STEF VAN, “The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States”, *Series on International Taxation 19*, Londres, Kluwer Law International Ltd, 1988, p. 119.

WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp., 585 U.S. ____ (2018),
https://www.eff.org/files/2018/06/22/westerngeco_v_ion_opinion.pdf

WOOD, ROBERT W., “Long List of Americans Who Renounced Citizenship Is More About Taxes Than Trump”, *Forbes*, E.U.A., 2017,
<https://www.forbes.com/sites/robertwood/2017/08/04/long-list-of-americans-who-renounced-citizenship-is-more-about-taxes-than-trump/#747808b816b9>

World Bank, *GDP per capita*, E.U.A., 2016,
<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD>

ZAJTAY, IMRE, “Reception of Foreign Laws and Unification of Law”, *Louisiana Law Review*, E.U.A., vol. 35, 1975

26 U.S. Code § 965

26 U.S. Code § 7701

15 U.S.C. §§ 78dd-1

18 U.S. Code § 1084

28 U.S. Code § 1605

28 U.S.C. United States Code, 2011

169607. 2a. LXIV/2008. Segunda Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Mayo de 2008, Pág. 234.

11 Law Mag. & L. Rev. Quart. J. Juris. 3d ser. 142 (1861)

18 U.S. Code § 1343.

544 U.S. 349

11 FAM 723 EXERCISE OF THE INTERNATIONAL AGREEMENT POWER

HOJA DE ABREVIACIONES

ACUERDO FATCA	ACUERDO INTERINSTITUCIONAL PARA MEJORAR EL CUMPLIMIENTO FISCAL INTERNACIONAL INCLUYENDO CON RESPECTO A FATCA
AIIT	ACUERDO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA
AML	ANTI-MONEY LAUNDERING
BEPS	BASE EROSION PROFIT SHIFTING
CRS	COMMON REPORTING STANDARD
DEA	DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION
DOJ	DEPARTMENT OF JUSTICE
FBAR	REPORT OF FOREIGN BANK AND FINANCIAL ACCOUNTS
FBI	FEDERAL BUREAU INVESTIGATION
FFETF	FINANCIAL FRAUD ENFORCEMENT TASK FORCE
FFI	FOREIGN FINANCIAL INSTITUTION
FSIA	FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT
ICE	IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT
IGA	INTERGOVERNMENTAL AGREEMENT

IRS	INTERNAL REVENUE SERVICE
KYC	KNOW YOUR CLIENT
LEY FATCA	LA LEY EL CUMPLIMIENTO FISCAL RELATIVO A CUENTAS EN EL EXTRANJERO
MNE	EMPRESA MULTINACIONAL
OCDE, OECD	ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS
OMC	ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO
ONU	ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS
PIB	PRODUCTO INTERNO BRUTO
RICO	RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS ACT
S.S.N.	SOCIAL SECURITY NUMBER
SEC	SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION
TIN	TAXPAYER IDENTIFICATION NUMBER
UNCTAD	CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO
USCIS	UNITED STATES CITIZENSHIP AND IMMIGRATION SERVICES