



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y
SOCIALES FRENTE A LAS NORMAS IMPOSITIVAS DEL
ESTADO DE PODER MEXICANO

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A :
CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO

ASESOR: DR. AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL

NAUCALPAN, EDO. DE MÉXICO

SEPTIEMBRE DE 2008



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.

ÍNDICE

Introducción	3
CAPÍTULO I. Constitución, derechos individuales o sociales y Estado de Poder	6
1.1. La Constitución como control social	6
1.1.1. Riesgos empíricos de la selección de la realidad	7
1.1.1.1. Selección exclusiva de realidades conocidas	7
1.1.1.2. Selección conforme a una visión particular	15
1.1.2. Nulidad normativa de los derechos y robustecimiento del poder en México	20
1.1.2.1. Nulidad de los derechos	20
1.1.2.2. Robustecimiento del poder	26
1.2. Derechos individuales y sociales, según Ferrajoli	30
1.2.1. Derechos fundamentales	30
1.2.2. Derechos sociales	36
1.2.3. Disfuncionalidad de las garantías en la Constitución Mexicana	40
1.2.4. Principios como límite positivo de los derechos	43
1.2.4.1. Principios Generales de Derecho, <i>principia iuris</i>	43
1.2.4.2. Principios en el Derecho o Constitucionales, <i>principia in iure</i>	45
1.2.4.2.1. Principio de Proporcionalidad	46
1.2.4.2.1.1. La Proporcionalidad en la elección	47
1.2.4.2.1.2. La Proporcionalidad en la imposición	47
1.2.4.2.2. Principio de Equidad	50
1.2.4.2.3. Principio de Legalidad	52
1.2.4.2.4. Principio de Destino de las Contribuciones	53
1.3. Estado de Poder	55
1.3.1. Prohibición, deberes y obligaciones según Víctor Abramovich y Christian Courtis	55
1.3.2. Funcionalidad de deberes y obligaciones en la Constitución Mexicana	57
1.3.2.1. Respetar y Proteger	57
1.3.2.2. Garantizar y Promover	61
CAPÍTULO II. La defensa de los derechos individuales y sociales frente a los actos de poder	67
2.1. La defensa como derecho y como facultad	67
2.2. Recursos administrativos	73
2.2.1. El recurso de revocación	74
2.3. El juicio contencioso-administrativo	77
2.3.1. Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo	78
2.3.1.1. Condena al particular al pago de costas	78
2.3.1.2. Presunción de legalidad del acto y carga procesal al particular	80
2.3.1.3. Cesación de eficacia del acto como neutralización sustancial	82
2.3.1.4. Otorgamiento de garantía, analogía del principio: <i>solve et repete</i>	84
2.3.1.5. Actos ilegales no invalidantes	88
2.3.1.6. Facultad <i>extra petita</i> del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa	92
2.4. El juicio de amparo contra leyes	95

2.4.1. Inimpugnación por violación a derechos no reconocidos en la Constitución	97
2.4.2. Garantismo y Constitucionalismo que se aplica en México	100
2.4.3. Interés jurídico y esfera jurídica	102
2.4.4. Inimpugnación de omisiones	103
2.4.5. Relatividad de la sentencia como subcontrol de segundo nivel	110
2.4.6. Proscripción del Estado al principio de relatividad	115
CAPÍTULO III. La <i>judicial review</i> en Estados Unidos de América y las acciones de inconstitucionalidad en España	119
3.1. Inconstitucionalidades en Estados Unidos de América	119
3.1.1. La Declaración de Independencia como norma fundante y la Constitución como norma fundamental en Estados Unidos de América	119
3.1.2. La inconstitucionalidad en Estados Unidos de América	121
3.1.2.1. La <i>judicial review of legislation</i>	122
3.1.2.2. La <i>living constitution</i>	127
3.1.3. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad: <i>ex tunc</i> , <i>ex nunc</i> y <i>la greater restraint</i>	129
3.1.4. Asunción de la Constitución de Estados Unidos de América en México	132
3.2. Acciones de inconstitucionalidad en España	137
3.2.1. El Tribunal Constitucional en España	137
3.2.1.1. El recurso de inconstitucionalidad	140
3.2.1.2. La cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales	146
3.2.1.3. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad	149
3.2.2. Asunción de leyes españolas en México	152
CAPÍTULO IV. La ley como eje y desajuste de defensa a los derechos individuales y sociales	162
4.1. La ley escrita como eje y su antinomia interlocutiva	162
4.2. Razón práctica y legislación	168
4.2.1. Racionalidad lingüística	170
4.2.2. Racionalidad jurídico-formal	174
4.2.3. Racionalidad pragmática	176
4.2.4. Racionalidad teleológica	181
4.2.5. Racionalidad ética	184
4.3. El Derecho y su ineficacia social	189
Conclusiones	193
Bibliografía	197

INTRODUCCIÓN

a) *Antecedentes del problema a investigar.* La defensa de los derechos individuales y sociales frente a los actos de autoridades y leyes en México resulta ineficaz, no sólo por los ordenamientos adjetivos sino también por la falta de referencia concreta Constitucional y textos de leyes secundarias que, aún existentes, señalan a los derechos sólo como concepto, sin desarrollo posterior, obstaculizando su defensa con elementos tales como “actos ilegales no invalidantes”, “facultades discrecionales”, “presunciones habilitadas” y “negativa ficta”.

b) *Problema a investigar.* Lo constituye la ley escrita en materia fiscal en cuanto a lo que dice y lo que no dice en México.

c) *Objetivos*

General.- Analizar el desequilibrio existente entre el poder y los derechos en México para proponer un esquema que equilibre la fuerza de éstos y garantice su efectiva defensa en un Estado Constitucional de Derecho.

Específicos:

- i) Identificar las lagunas primarias y secundarias de los derechos individuales y sociales frente a un Estado de Poder robustecido desde la Constitución;
- ii) Demostrar la ineficacia de la defensa particular frente al Estado a través de Recursos Administrativos, Juicio Contencioso Administrativo y Juicio de Amparo;
- iii) Conocer el funcionamiento de la defensa en Estados Unidos de América y España, su desenvolvimiento y efectos en sentencias favorables;
- iv) Proponer la creación de un esquema que genere real eficacia y equilibrio de los derechos frente al Estado, a fin de propiciar una verdadera defensa de los particulares.

d) *Pregunta de investigación.* ¿Puede darse una solución al círculo vicioso que la misma Ley construye?

e) *Método de investigación.* Será analítico, deductivo yendo de la doctrina a la Constitución y de la Ley a los actos de autoridades fiscales, e inductivo yendo de la Ley a la Constitución, para lo cual se citarán diversos artículos con la simple y única finalidad de ser ejemplos al trabajo desarrollado.

Para lograr lo anterior, realizaremos el trabajo en cuatro capítulos.

En el primer capítulo abordaremos el estudio de la Constitución, los Derechos y el Poder del Estado siendo elemental las ideas de Augusto Sánchez Sandoval (control social); Jürgen Habermas (acto del habla); Luigi Ferrajoli (derechos fundamentales) y Víctor Abramavoch (derechos sociales), así como Riccardo Guastini (diferencia entre disposición y norma). Para ello, sabemos que la Constitución en México es un medio de control social cuyo sentido de dominación o colaboración se denota por la intención –y no sólo por la voluntad– de quienes la crean y modifican constantemente, con lo cual los derechos fundamentales aparentemente obtienen valor. Pero en verdad no es así pues lejos de darles eficacia, textualmente se desvirtúa su valor a través de la locución, la ilocución y la perlocución, esto es, lo simplemente dicho, la intención escrita de lo dicho y la intención escondida de lo

dicho que son formas de distorsionar el texto, con lo que se ensancha el poder del Estado y tácitamente, al hablar de garantías, se incluyen nuevos deberes a los particulares, ante lo cual su defensa es casi nula de lo cual se advierte que los derechos individuales y sociales son sólo una precisión del concepto más no valor dado a ellos a través de las leyes.

En el segundo capítulo hablaremos de los medios de defensa: el recurso administrativo, el juicio contencioso-administrativo y el juicio de amparo, los cuales menoscaban la justiciabilidad de los derechos fundamentales pues, aunado a la forma en que las leyes son escritas, los derechos no se incluyen por completo en el texto Constitucional así como tampoco se establecen normas adjetivas que articulen su defensa, para lo cual nos apoyaremos en autores como Eduardo García de Enterría (recurso administrativo y juicio contencioso-administrativo), Jürgen Habermas y Juventino V. Castro (juicio de amparo).

El “recurso administrativo”, aún cuando proviene del principio de autotutela que en teoría implica más una oportunidad a la autoridad que emitió el acto que para el particular, en nada favorece la defensa de éste pues la Ley posterga el momento de su interposición en tanto que el Estado adelanta acciones en desventaja de aquel.

Al igual, el “juicio contencioso-administrativo” prevé diversas antinomias que van desde admoniciones al pago de costas si se inicia un juicio con fines dilatorios, hasta reconocer que ciertos actos, aún siendo ilegales, no contienen vicios invalidantes, cuando en verdad cualquier ilegalidad no sólo daña al particular sino al sistema legal.

Asimismo, el “juicio de amparo” crasamente exige al particular que demuestre la existencia de un derecho subjetivo –como interés jurídico- para que sólo así proceda su instancia, lo que equivale a demostrar tener derecho –de ir a juicio- para que se reconozca otro derecho, amén que las omisiones de las autoridades son inatacables pues sólo permite impugnar el *hacer* y no el *no hacer* del Estado, pese a que ambas son garantías individuales y sociales respectivamente, e igualmente el principio de relatividad de la sentencia contra leyes sólo beneficia el accionante ganador y así, la autoridad puede seguir aplicando la norma inconstitucional sin responsabilidad alguna.

El tercer capítulo será un estudio comparado de las acciones de inconstitucionalidad en otros países para conocer la eficacia de la defensa en nuestro país. En primer lugar estudiaremos a los Estados Unidos de América que a pesar de contar con una tradición jurídica distinta a la nuestra, tiene alta afinidad con México por asunción de su Constitución, en donde la inconstitucionalidad puede pronunciarse cualquier juez y cualquier particular la puede pedir aún en primera instancia, cuyos efectos sí son generales mediante el *stare decisis*. Asimismo, en España se prevén dos vías de combate contra leyes, país que comparte la tradición jurídica de México y por tanto, el estudio comparativo es más sencillo. Allí veremos que la sentencia de inconstitucionalidad también tiene efectos generales además de la rapidez con que los juicios se resuelven en virtud de que la Ley establece plazos precisos para ello, sin desdeñar la copia que México hace de Leyes secundarias españolas con lo que quedará en duda si la tradición romano-canónica sigue siendo favorable y eficaz en México.

En el cuarto capítulo resolveremos dicha duda, para lo cual recurriremos a los postulados de Manuel Atienza (racionalidad legislativa, ética descriptiva, ética prescriptiva y metaética), Juan Antonio Cruz Parceró (moral crítica, moral positiva), Ronald Dworkin (concepto y concepción), Jürgen Habermas (pretensión de validez de los actos del habla) y Luigi Ferrajoli (deber interno, externo y jurídico) para resolver los problemas futuros de contingencia a partir de la elaboración de leyes y no mediante reformas a leyes ya hechas, pues ésta es sin duda la guía o estandarte férreo que rige la vida jurídica de los países con tradición jurídica romano-canónica como el nuestro, por lo que es importante abordarla de inicio y con así obtener una solución más sencilla que lo complicado que pudiese pensarse.

CAPÍTULO I

CONSTITUCION, DERECHOS INDIVIDUALES O SOCIALES Y ESTADO DE PODER

1.1. *La Constitución como control social*

De forma permanente el hombre ha hecho del control una de sus actividades recurrentes, el cual es connotado desde la perspectiva de necesidad hasta la de dominio y poder, entre otras; ya sea el control de emociones, impulsos y sentimientos de su parte interna o *psique* para desarrollo humano; el control de la naturaleza, del futuro o de lo venidero en obvedad desconocido o no previsible así como el control de sus semejantes con lo cual se arriba al planteamiento del Derecho.

Dicho control no exenta el patrimonio de los particulares pues derivado de éste se establece una carga para contribuir a los gastos comunes arribando a los impuestos. Pero previo a iniciar nuestro estudio sobre dicha materia debemos abordar el tema del control, el cual, es tarea constante pues la dinámica del hombre lo lleva a no ser siempre el mismo y dado su continuo desarrollo, varía dependiendo de las etapas y necesidades de la humanidad.

El control que importa a la presente investigación es el establecido por el hombre en aras de organizarlo en sociedad, esto es, el Derecho como elemento encaminado a brindar, mediante el control a la misma, el logro de un objetivo común en concurrencia a los objetivos individuales, para evitar el choque entre ambos y propiciar armonía que, sin dejar de atender al individuo, satisfaga el desarrollo del grupo.

Efectivamente, el Derecho es una selección de la realidad a través de normas que inicia con la Constitución. Ésta selecciona realidades presumiblemente adecuadas al medio en que actúa restando sólo decidir en manos de quién se encuentra su creación y ejecución. Dependiendo de quién tenga la función selectiva, arrojará la tendencia del control ya sea colaboración (*sub lege*) o dominación (*per leges*).

a) En el poder-colaboración que se daría en las sociedades horizontales, los sujetos se reconocen mutuamente y conforman una unidad, en la que todos participan solidariamente tanto en la construcción de la realidad, que podemos llamar “social”, como en la división de tareas... En esta hipótesis..., las autoconciencias permanecen en un nivel de equilibrio, ninguna vence a la otra y se reconocen recíprocamente. Por lo tanto, ambas trabajan el mundo y obtienen sus frutos en proporciones similares.

b) Por lo contrario, la mayoría de las sociedades europeas de los últimos treinta siglos y las americanas de los últimos cinco, se han constituido verticalmente y sus sistemas productivos se han movido entre un sujeto particular o colectivo dominante, la esclavitud y la servidumbre de los dominados.

En este orden de ideas, el poder-dominación, de las sociedades verticales, no se reconoce al otro, sino que se le domina y explota, por lo tanto, opera una construcción particular, unilateral, de la realidad, y a que la conciencia de la realidad subjetiva del dominante se impone como única verdad al conglomerado social y éste la acepta y la reproduce.¹

¹ Sánchez Sandoval, Augusto., *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2005, pp. 6, 7-8.

Según una distinción sugerida por Norberto Bobbio, puede querer decir dos cosas: gobierno *sub lege* o sometido a las leyes, o gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas.²

De la cita anterior, se advierte que la intención del selector inicial determinará la inercia de la dinámica social cuyo desarrollo debe satisfacer tal selección.

1.1.1. *Riesgos empíricos de la selección de la realidad*

El Derecho es una serie de realidades seleccionadas de observaciones y experiencias individuales denominadas por Niklas Luhmann como Complejidad.

Complejidad significa que siempre hay más posibilidades de experiencia y de acción de cuantas en realidad se pueden volver actuales; contingencia significa que “las posibilidades de ulterior experiencia y acción indicadas en el horizonte de la experiencia actual son solamente posibilidades, y por tanto pueden realizarse de una manera distinta como se esperaba”. Complejidad, dice Luhmann, significa entonces, prácticamente, constricción para operar una selección,...³

Sin embargo, dicha selección es sustraída del selector inicial a través de la particular comprensión de los eventos que pretende regular, porque resulta imposible regular lo desconocido, arrojando dos elementos iniciales de riesgo para el Derecho:

- a) El selector inicial sustraerá sólo las realidades que conozca o considere necesarias de regulación; y
- b) La regulación de las realidades se hará conforme a la visión subjetiva que de ellas tenga el selector inicial, interviniendo su intención, en donde el poder inicia su presencia o concluye su imposición⁴.

1.1.1.1. Selección exclusiva de realidades conocidas

El selector inicial sustraerá del mundo fáctico sólo las realidades que conozca o sólo aquellas –dentro de las conocidas por él- que considere “necesarias” de regulación, llevando a una primera anotación:

Las necesidades pueden ser relativas o absolutas. Es decir, no es lo mismo considerar algo como necesario o como indispensable pues en tanto la necesidad (relativa) refiere la satisfacción de un deseo o intención –principalmente- la indispensabilidad (necesidad absoluta) envuelve la satisfacción de algo inmanente a la persona⁵.

² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 856.

³ De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 236.

⁴ Amén que el poder es quien puede invertir dicho orden y ser el impulsor de la creación del Derecho, en donde su intención es dada con anticipación.

⁵ Verbigracia, el agua, el oxígeno, la vida, la libertad, los cuales resultan indispensables para los humanos toda vez que sin los dos primeros es imposible continuar las funciones propias de los organismos que constituyen su cuerpo y por cuanto las dos segundas, es imposible concebir a un ser viviente.

Necesidades públicas.- Son aquellas que nacen de la vida colectiva y se satisfacen mediante la actuación del Estado. Una observación de las necesidades humanas en general, demuestra que ellas son múltiples y aumentan en razón directa a la civilización. Algunas son de satisfacción indispensable para la vida normal el hombre, individualmente considerado, pudiendo ser, a su vez inmateriales (intelectuales, religiosas, morales, etc.) o materiales (alimentación, vestido, habitación, etc.)... Las necesidades descritas reúnen, por tanto, estas características: *a)* son de ineludible satisfacción, porque de lo contrario no se concibe la comunidad organizada; *b)* son de imposible satisfacción por los individuales asiladamente considerados; *c)* son, en consecuencia, las que dan nacimiento al organismo superior llamado Estado y las que justifican su nacimiento. Ellas reciben el nombre de *necesidades públicas absolutas* y constituyen la razón de ser del Estado mismo (dentro de lo que se considera Estado de derecho), por lo que éste desaparecería como tal si dejase de cumplir esos cometidos esenciales (defensa exterior, orden interno, administración de justicia). Pero en la actualidad se estima que éstas no son las únicas necesidades que nacen de la comunidad organizada, y por ello se habla de las *necesidades públicas relativas*. Dentro de esta última categoría tenemos *necesidades* cuya satisfacción se considera, cada vez en mayor medida, que es asimismo de incumbencia estatal, por cuanto atañen a la adecuación de la vida comunitaria a los progresos emergentes de la civilización (instrucción, salubridad, asistencia social, trasportes, comunicaciones, etc.).⁶

Las necesidades relativas corresponden a un segundo plano en donde puede o no existir y aún dentro de su existencia lo puede en uno u otro sentido. Verbigracia, el trabajo, puede surgir en uno u otro momento y aún dentro de ese momento, en una profesión u oficio, y aún dentro de una profesión, en una u otra, pudiendo, incluso, ser modificada sin afectación de su detentor, lo que no ocurre con los indispensables, por no ser optativo tenerlos.

... podría decirse que, dado que el hombre tiene un derecho fundamental, constitucional, a dedicarse al trabajo que mejor le acomode, con toda lógica podría concluirse que si ninguno le acomoda –y nadie podría discutirle su decisión interna-, tiene un derecho al no trabajo.⁷

Hecha la referencia anterior, podemos decir que el mundo fáctico es tan pleno que resulta imposible abarcarse con la mente de un solo individuo.

El mundo es extremadamente complejo allí donde el margen de atención de nuestra experiencia intencional y de nuestro actuar es extremadamente reducido: la sobreabundancia de lo posible siempre supera nuestra capacidad de elaborar a través de la acción o experiencia. El mismo contenido de la experiencia actual alude siempre a otras posibilidades infinitas e implicaciones que no podemos percibir en nuestra conciencia. Nuestra experiencia, entonces, se sobrecarga de pretensiones excesivas que la vuelven incierta, que amenazan su capacidad de orientarse en el mundo con éxito.⁸

Se concluye hasta este punto que la selección no aborda toda la facticidad de la dinámica social sino sólo aquella conocida y considerada importante de normar a través de permisiones, prohibiciones u obligaciones (deóntica jurídica) con lo cual el selector crea y reconoce. Esto es, los derechos –verbigracia- son meros reconocimientos sin dejar de ser

⁶ Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, pp. 2, 4-5.

⁷ Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, México, Ed. Porrúa, 2004, p. 93.

⁸ De Giorgi, Raffaele *op. cit.* p. 235.

selecciones de realidad, y los deberes, son creaciones que, como inventiva, connotan las razones de poder o de colaboración.

A partir de la idea de división de poderes, se prevé la existencia de un grupo selector cuya concurrencia de ideas arroje una selección objetiva pues un selector (legislador) debe tener una altura que le permita observar plenamente las realidades para su inclusión en la norma.

Para descubrir las mejores reglas sociales que convienen a las naciones, sería preciso una inteligencia superior capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna; que conociese a fondo nuestra naturaleza sin tener relación alguna con ella; cuya felicidad fuese independiente de nosotros y que por tanto desease ocuparse de la nuestra; ... Es una función particular y superior que nada tiene de común con el imperio humano porque, si el que ordena y manda a los hombres no puede ejercer dominio sobre las leyes, el que lo tiene sobre éstas no debe tenerlo sobre aquéllos. De otro modo esas leyes, hijas de sus pasiones, no servirían a menudo sino para perpetuar sus injusticias, sin que pudiera jamás evitar el que miras particulares perturbasen la santidad de su obra.⁹

Sin que se piense que sólo existe una única selección correcta y por tanto las demás son incorrectas, ya que lo que es bueno para uno no lo es forzosamente para los demás, y aún así lo que es bueno en un sentido no lo es sólo dentro de un sólo camino pues puede ser acotado por diversas vías o criterios, todos ellos igualmente adecuados.

Los sistemas de valores, especialmente el moral y su idea central de la justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales y, por consiguiente, difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la sociedad en cuyo seno surgen. El hecho de que en una determinada sociedad haya ciertos valores generalmente aceptados, en modo alguno contradice el carácter subjetivo y relativo de esos juicios de valor.¹⁰

La concurrencia de sujetos selectores debe garantizar que se abarcará el mayor/mejor número de realidades para evitar espacios en blanco que eventualmente propicien violencia en la sociedad a la cual se aplicará.

La función de comprender y reducir la complejidad del mundo se libra por medio de sistemas sociales: éstos son “fragmentos de mundo” (*Weltausschnitte*) y por tanto tienen una complejidad más reducida que el mundo: “median entre la extrema, indeterminada complejidad del mundo y el potencial escaso de sentido que tiene la experiencia y el actuar respectivamente actual. Por esta función de mediación entre experiencia y mundo, por su capacidad de presentar el mundo en fragmentos en los que la complejidad del mundo ya está reducida, los sistemas sociales son el médium de la ilustración.”¹¹

Podemos decir así que en tanto la realidad es basta y amplia, la selección es reducida y compleja, por ello, concluida la función de selecciones se advierten ya tres sub-riesgos:

i) El control social plasmado en una Constitución es estático (o *nomoestático* en términos kelsenianos) y por tanto, eventualmente incongruente con la dinámica social. Dicho de otro

⁹ Rousseau, Juan Jacobo, *op. cit.* pp. 27-28.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y de Estado*, México, Ed. UNAM, 1995, p. 9.

¹¹ De Giorgi, Raffaele *op. cit.* p. 237.

modo, el mundo se mueve y a la vez pretende ser sujetado¹² con un papel. El control del futuro a través del presente constituye un riesgo empírico.

De forma análoga, es muy posible que de hecho no exista la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del otro. ... Pero tampoco en tales casos es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un <<derecho de papel>> y afirmar la obligación del legislador de colmarla.¹³

El Derecho como realidad seleccionada, produce una paradoja pues al constituir un *deber ser* es un *no ser hoy* y distante del *ser*.

Más precisamente, la cuestión es que *siempre*, entre la realidad –cualquier cosa sea lo que entendemos por esto- y el discurso, hay una distancia, una cesura, una diferencia infranqueable, por el simple hecho de que una cosa es el mundo objetivo y otras las ideas... Esto último quiere decir que ambas realidades, mundo y pensamiento, son irreparablemente *distintos*. Se comprende fácilmente que un vidrio se rompe a causa de un golpe, o que un argumento produce un convencimiento en la conciencia de alguien. Pero no se comprende tan fácilmente que un golpe produzca un pensamiento, o que una idea pueda influir en una piedra. Si en vez de piedra o golpe ponemos “relaciones sociales”, que, también se supone, son fenómenos del mundo empírico, se comprende el problema: cómo comprobar que el mundo empírico influye –es “causa”- en el mundo ideológico y viceversa.¹⁴

El *deber ser* pretende regular a futuro un acto que inmediatamente será pasado porque el tiempo, acciones y actos son únicos e irrepetibles y acaecen en un sólo instante, de modo que deja en duda primeramente su eficacia (a nivel de texto) y en segundo término su eficiencia (respecto a su aplicación y contexto).

Si el texto por sí mismo es insuficiente para resolver una situación futura que realizada será inmediatamente pasado, luego entonces su ulterior aplicación es fuera de tiempo y virtual.

Las causas del discurso deben buscarse en las relaciones sociales..., y por la otra, existe la posibilidad de que el derecho “hable” de esas relaciones sociales, pero “mentirosamente”, es decir, ocultándolas más que revelándolas..., si por otra parte comprendemos fácilmente que los productores del derecho no son sociólogos, sino políticos entre los cuales hay muy pocos científicos, entonces resulta perfectamente comprensible que el discurso del derecho no hable “científicamente” de las relaciones sociales, “mienta” sobre ellas, y las *oculte*... La distancia entre el pensamiento y la realidad es necesario advertirlo, es lo que hace posible el “error”, la “mentira” el *ocultamiento*. Si el pensamiento estuviera inmediatamente en contacto con la realidad no habría temor al error; la mentira sería inmediatamente evidente.¹⁵

¹² En virtud de la sujeción producida por todo sistema legal, de donde surgen términos denominacionales para el Estado y los particulares, verbigracia, en relación tributaria donde el de sujeto activo es el Estado y el sujeto pasivo lo es el particular, denotando que la sujeción no solo alcanza al Estado y a los particulares, sino también a la realidad.

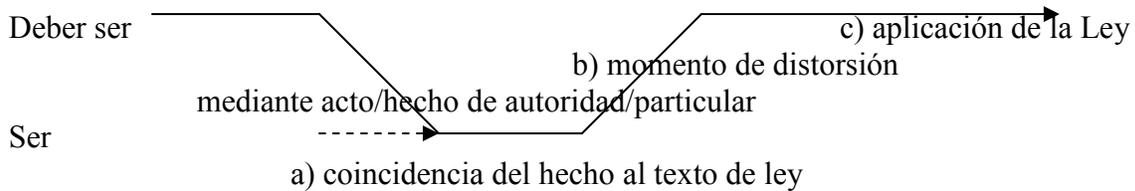
¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 61-62.

¹⁴ Correas, Oscar., *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Ed. Fontamara, 2004, pp. 133-134.

¹⁵ *Idem*.

El *deber ser* y el *ser* son líneas paralelas en donde el primero es continuo y el segundo discontinuo cuya coincidencia depende sólo de la realización del segundo. En tanto las Leyes son vigentes los hechos pueden incluso jamás ocurrir.¹⁶

Consecuentemente, el *deber ser* es constante y espera coincidir a futuro con el *ser* para ceñirse al *ser* y finja su esencia a fin de obtener legitimidad y seguir al fin para el cual fue creado, lo cual puede esquematizarse de la siguiente forma:



Nótese que la línea del *ser* es más pequeña y prácticamente instantánea (como en realidad los hechos acontecen) y la línea del *deber ser* es anterior al *ser* y sólo se relaciona tardíamente con éste mediante el acto/hecho de autoridad o del particular.

Con el breve roce al *ser*, el *deber ser* retoma la inercia del primero hacia el sentido en que la norma ha sido creada. La línea de reencauce es nombrada *momento de distorsión* pues al relacionarse tardíamente con el *ser* los hechos se difuminan por la diversidad de versiones y formas de apreciación, ocasionando que la ulterior *aplicación de la ley* sea de igual suerte: distorsionada y ajena al hecho que pretende aplicarse. Sin desdeñar los diversos *deber ser* existentes en un mismo marco normativo.

Estas tres divergencias, las llamaré *deónticas* por estar todas ellas vinculadas al carácter deóntico o normativo de los discursos formulados en términos de <<deber ser>> -en sentido ético-político (o *del* derecho), constitucional (o *en el* derecho) y genéricamente jurídico (o *de* derecho)- con respecto al <<ser>> de la experiencia jurídica concreta, dan lugar,... a otros tantos tipos de juicios normativos y de valoraciones críticas acerca del derecho y de la práctica jurídica.¹⁷

Lo cual puede esquematizarse de la siguiente manera:

Tipo de “deber ser”	Sentido	Desarrollo	Separación entre
Deber ser externo	Ético-político	Del derecho	Justicia y validez (derecho y moral)
Deber ser interno	Constitucional	En el derecho	Validez y vigencia (derecho y normas)
Deber ser jurídico	Normativo-efectivo	De derecho	Derecho y realidad (normas y hechos)

¹⁶ Razón por la cual, si un acto se produce constantemente, es decir, se realiza o se perfecciona día a día, mes a mes, o cualquier otra variante similar, se habla en materia civil de actos de tracto sucesivo.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi., *Garantismo, una discusión entre derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 15.

Si el *deber ser* no discurre constante aún dentro de su propia deóntica, evidente será su desfaseamiento con el *ser*, el cual en términos de Ferrajoli, es medianamente justificable:

Un Estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento *nomodinámico* de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más, la posible imperfección, es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: que es lo que sucede en el Estado absoluto –poco importa si políticamente democrático–, donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas establecidas por el ordenamiento, es por eso sólo válida.¹⁸

Pero previo a tomar por cierto el argumento citado (amén que el estado absoluto no debe ser consuelo), con el mismo retoma mayor importancia la debida selección de realidad para evitar su inminente riesgo, es decir, ser su propio riesgo cuya debida aplicación determinará su vigencia, permanencia y eficacia.

Si la norma se justifica en función de unas circunstancias concretas es claro que no puede ser legítimamente aplicada más allá de esas circunstancias; es claro también que si las circunstancias cambian se pierde su justificación; es evidente, en fin, que su propia vigencia está igualmente condicionada al mantenimiento de la situación en base a la cual fue dictada.¹⁹

El desfaseamiento entre *ser* y *deber ser* es inevitable pero sí previsible pues el control inicial expresa sólo la sujeción a la realidad seleccionada y por tanto, su ulterior ajuste/desajuste se da con las normas que de éste discurren.

Por ello, si la selección inicial connota sólo las observaciones del selector inicial, a la par deben abrirse espacios de solución a un futuro contingente pues debe existir un equilibrio entre lo dicho/lo no dicho pues no todo puede abarcarse desde una sola perspectiva.

... contingencia significa que “las posibilidades de ulterior experiencia y acción indicadas en el horizonte de la experiencia actual son solamente posibilidades, y por tanto pueden realizarse de una manera distinta de cómo se esperaba”... contingencia significa peligro de decepción, necesidad de ir a encontrar riesgos una vez que la selección haya sido efectuada.²⁰

La selección realizada niega oportunidades a lo no seleccionado y evita prontas respuestas a éstas últimas por sujeción a lo ya dicho como obstáculo al crecimiento de una sociedad.

Cada sistema debe mantener su identidad, pero identidad no debe entenderse en el sentido de la lógica clásica del ser: identidad no es sustancia, no es exclusión de otras posibilidades del ser, sino inclusión, orden de estas posibilidades, es una síntesis coordinadora que ordena y remite a otras posibilidades de la experiencia.²¹

¹⁸ Ferrajoli, Luigi., *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 24.

¹⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pp. 81-82.

²⁰ *cit. pos.* De Giorgi, Raffaele, *op. cit.* p. 237.

²¹ *Ibidem*, p. 239.

Como conclusión, la selección inicial debe brindar la posibilidad de crear oportunidades a la selección excluida y a la conciencia de lo posible, es decir, “un cúmulo de posibilidades de la existencia, de otras razones y de otras cualidades diferentes.”²²

ii) El segundo sub-riesgo consiste en que si la selección no fue adecuada a la dinámica que pretende regular o aún cuando se considere presumiblemente adecuada, con el tiempo, los hechos surgidos fuera de la selección de realidad serán tratados como transgresiones al Derecho creado y por tanto, ignorados o sancionados para arribar a un estado de sujeción total sin posibilidad de solución a la universal exclusión.

Ese derecho ideología constituye un sistema de “universal inclusión” cerrado, que sólo se ve a sí mismo en sus reglas y dogmas de construcción. Por lo tanto, es cierto hacia afuera, porque no ve otra realidad diversa a la construida por sí mismo. El derecho -ideología quisiera prever jurídicamente todo, pero como ello no es posible, porque el derecho no puede abarcar todo, ni todas las actividades humanas, entonces ese mismo derecho genera, a la vez, un mundo de “universal exclusión”. Es decir, genera violencia sobre el mundo de lo concreto o el mundo del lenguaje que no está previsto o sujetado por la norma jurídica. Es la violencia legitimada por sí misma, que requiere ser y expresarse para defenderse y permanecer, porque no es legítima. Lo otro, lo que queda afuera de la “universal inclusión”, se convierte como consecuencia, en “universal exclusión”, esto es, en lo que no es posible y no existe, para la inclusión aunque esté ahí... El sistema ideológico de universal inclusión se construye con base en la creación de diferencias y de distinciones, a partir de considerarse a sí misma como la única realidad, como la racionalidad del sistema, y esto implica que se excluya la racionalidad de cada uno de los individuos que integran el sistema. Por lo tanto, la “razón del sistema” sobre lo que se considera “realidad”, construye a todo lo demás ajeno, como “no realidad”; la razón de su “moral” construye a todo lo demás como inmoral”; la razón de lo que considera “derecho, construye a todo lo demás, como “ilícito”.²³

En efecto, la norma se constituye como un todo legal con apereamiento *a priori* de que los casos ajenos a ella deben valorarse sólo en estricto apego a la universal inclusión. Ello nos lleva a un círculo vicioso pues la norma es fuente interpretativa y reproductiva de sí misma tal y como acontece en México (inciso f) artículo 72 constitucional) que asume al principio americano *in harmony with the Constitution* y al principio Alemán *Verfassungskonforme Auslegung der Gesetze* (ambos en armonía con la Constitución).

Asimismo, la validez de la norma cae en riesgo pues eventualmente la realidad interna se sofocará en sus propios límites al repetirse por la colectividad, la cual encontrará vías de desatención o evasión produciendo nuevas dinámicas que exigirá crear nuevas normas que se adecuen a la nueva dinámica social, ante lo cual, si las nuevas disposiciones no resuelven el problema que las crea, formarán parte del mismo en indefinida continuidad contingente.

Dada la dinámica y contingencia referida, encontramos que los derechos pueden encontrarse violentados aún de inicio por la textualidad de la norma, lo que se abordará *infra* al hablar de locución, ilocución y perlocución.

²² Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, p. 5.

²³ *Ibidem*, pp. 22-23.

iii) Como tercer sub-riesgo de este primer inciso, advertimos que del control inicial se crearán subcontroles o leyes secundarias con arreglo al inicial a lo que Hans Kelsen denominó ordenamientos *nomoestaticos* y *nomodinámicos*.

De acuerdo con la naturaleza de la norma fundamental, podemos distinguir dos diferentes tipos de órdenes o sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos... De esta manera se habrá descubierto una norma sobre la que podría fundarse todo un sistema de moralidad. Sin embargo,... Lo único esencial está en que las diversas normas de cualquiera de esos sistemas se encuentran implicadas en la norma fundamental del mismo modo que lo particular hállase implicado en lo general, y en que, por ende, todas las normas particulares de ese sistema pueden obtenerse mediante una operación intelectual, es decir, gracias a una inferencia de lo general a lo particular. Este último sería un sistema de naturaleza estática.²⁴

Los ordenamientos secundarios o *nomodinámicos* se encuentra supeditados formal y sustancialmente al primario o *nomoestático*, y éste a su vez es mundo cegado a lo exterior; sin embargo, el riesgo aquí comentado radica aún dentro de lo interior pues la falta de definiciones y acotamiento del uso de las palabras producirá vaguedad y ambigüedad en el uso de facultades y asignación de competencias, comúnmente conocido como *conceptos jurídicos indeterminados e indeterminaciones*.

Los *conceptos jurídicos indeterminados*, a diferencia de los conceptos determinados que delimitan el ámbito de realidad a que se refieren de manera precisa, constituyen:

... una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto... Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado... Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una <<unidad de solución justa>> en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto y no de volición... lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o des de buena fe o no lo es lo que remite a una <<apreciación por juicios disyuntivos>>, en la expresión de la fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente.²⁵

Vemos así que no basta con ser ciegos a lo exterior para incurrir en riesgos de aplicación del control inicial pues basta la falta de precisión de conceptos fundamentales para corromper su ulterior aplicación con base a una laxa interpretación, lo que crasamente ha pretendido corregir la doctrina como: “*la Constitución no se contradice, sólo establece casos de excepción*”. Y así, de excepción en excepción, el particular paulatinamente pierde sus derechos y fortalece el poder de quien aplica el control, dando lugar al segundo riesgo:

²⁴ Ferrajoli, Luigi., *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 131-132.

²⁵ García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 457.

1.1.1.2. Selección conforme a una visión particular

Además de los riesgos producidos por la selección corta o amplia -ambas desproporcionales- de las necesidades de la colectividad, usos y costumbres, cultura y otros similares de identidad, tenemos la visión particular de experiencias del selector inicial.

Cada selector cuenta con imágenes, emociones y sensaciones particulares, ajenas y distintas a las de cada individuo de la colectividad, por lo que la visión particular del selector es impuesta a los demás forzando que sea la única que existe y correcta para olvidar la objetividad exigida en la función selectiva.

Porque no es cierto eso de que vivimos en el mismo mundo y que vemos las mismas cosas y las mismas personas, ya que si esto fuera cierto, coincidiríamos en las afirmaciones sobre el bien y el mal y no perderíamos inútilmente el tiempo discutiendo diversos puntos de vista. No puede ser. No vemos las mismas realidades, ni existimos en el mismo círculo, no nos vemos en la misma tierra, porque cada quien vive en su propio mundo, y va constituyendo con lo que ve, lo que oye, lo que entiende, y lo que siente, su propia realidad... Y en esfuerzo de todo lo dicho, vamos viendo del mundo de fuera lo que nos han enseñado a mirar y nuestros ojos no son tan puros como quisiéramos ni tan virginales como deseáramos, porque la educación les ha ido poniendo escamas opacas que difícilmente dejan pasar a la luz tal cual es ya que del espectro de los colores, unos ojos captan los rojos, y otros se conforman exclusivamente con los ocres.²⁶

Arribamos así al punto en el cual se advierte que la observación subjetiva de la realidad constituye un segundo riesgo de su esencia, insistimos, no evitable pero sí previsible, por lo que la connotación no debe ser cerrada sino abierta.

... se puede sintetizar que el poder en el sistema social impone su particular visión de la "realidad" y de su sistema productivo, al conglomerado humano que actúa como un mero reproductor de esa racionalidad. Una vez impuesta, esa construcción particular de la realidad, se vuelve norma, verdad y totalidad para los sujetos que la adoptan. De esta manera, los diferentes y disidentes, serán señalados como pecadores, enfermos, desviados, desadaptados, peligrosos sociales y delincuentes.²⁷

Dado ello, el riesgo inicial de selección subjetiva lleva implícita la cesión paulatina o instantánea de derechos de los habitantes en relación al poder creado y detentado sobre ellos, robustecido con la creación anticipada de controles alternos para su pervivencia (mediante normas secundarias) en ventaja de sus destinatarios en tanto éstos alcanzan a hacer conciente y reaccionar a tiempo sobre la imposición ya efectuada.

Lo anterior se plasma en el texto de la norma primaria y secundaria de nuestro país, en donde dice algo (nivel locucionario), finge hacer lo que aparentemente dijo (nivel ilocucionario), y finalmente deja de hacer lo dicho para causar un efecto distinto de lo expresado (nivel perlocucionario).

²⁶ Jaramillo Loya, Horacio, *Los hechizos de la mente*, México, Ed. Diana, 1992, pp. 7-9.

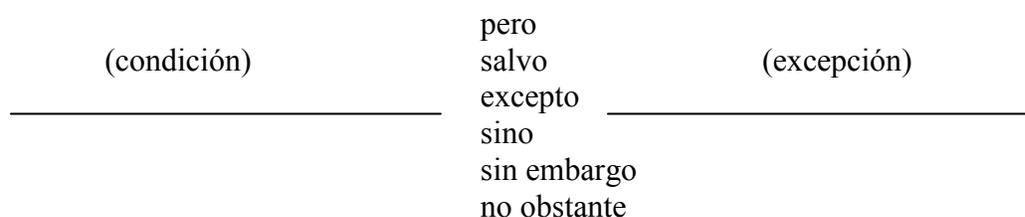
²⁷ Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, p. 21.

Como es sabido, Austin distingue entre *acto locucionario*, *acto ilocucionario* y *acto perlocucionario*. Llama *locucionario* al contenido de las oraciones enunciativas ('p') o de las oraciones enunciativas nominalizadas ('que p'). Con los *actos locucionarios* el hablante expresa estados de cosas; dice algo. Con los *actos ilocucionarios* el agente realiza una acción diciendo algo... Por último, con los *actos perlocucionarios* el hablante busca causar un efecto sobre su oyente. Mediante la ejecución de un acto de habla causa algo en el mundo. Los tres actos que distingue Austin pueden, por tanto, caracterizarse de la siguiente forma: decir *algo*; hacer *diciendo* algo; causar algo *mediante lo que se hace* diciendo algo.²⁸

Para que exista este mínimo sentido determinado del lenguaje, el acto de habla se compone de un elemento proposicional y un elemento ilocucionario... En otras palabras, el elemento proposicional es lo que se dice o se escribe y el elemento ilocucionario es la intención con que se dice o se escribe algo... Cuando elemento ilocucionario se oculta para sustraer el acto de habla a la problematización comunicativa, se le llama perlocucionario,...

En efecto, la norma expresa diversos niveles de lenguaje cuyo uso disloca la realidad que pretende regular con ayuda de palabras de disociación comúnmente utilizadas por el legislador como “pero”, “sin embargo”, “excepto”, “salvo”, “sino”, u otro similar:

Esquema del texto de Ley



En donde el texto normativo (expresado con líneas rectas) se interrumpe por la palabra de disociación, para dar pauta a excepciones que bajo uso constante dejan atrás la condición.

Esto es, las excepciones invalidan las hipótesis anteriores del texto, ante lo cual surge expresa o tácitamente un “pero”. La palabra *pero* es una de las trampas del lenguaje. Cuando digo *pero*... intento invalidar total o parcialmente lo que dije antes.³⁰ Allende que su uso constante hace de la excepción la condición y de la condición la excepción, aunado al inescindible uso de perlocución abordados *infra*,³¹ deletéreos de derechos, sin dejar de lado los textos abstrusos como costumbre legislativa ablatoria.

Ejemplo de esto los encontramos en todos los niveles normativos de nuestro país, como lo es el artículo 16 Constitucional:

²⁸ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I*, Madrid, Ed. Taurus Humanidades, 2006, pp. 370-371.

²⁹ Berumen Campos, Arturo, “*Revista de la facultad de derecho de México*” T LVII, número 247, enero-junio 2007, México, UNAM, p. 152.

³⁰ Bucay, Jorge, *Cartas para Claudia*, México, México, Ed. Océano, 2005, p. 51.

³¹ Por lo que la suculencia del Derecho conlleva a una serie de excepciones de invalidación, cuya habilidad constructiva radica en la inclusión de dichos “*pero*” de forma tácita y hábilmente expuesta mediante términos sinónimos como “*a excepción de*”, “*excepto*”, entre otros.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.

Cuya condición es la no molestia al particular y la excepción surge con el mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa, lo que llevado a la práctica repetidamente torna a la excepción en condición y viceversa, debilitando la fuerza de los derechos para suprimirlos en simple ideología.

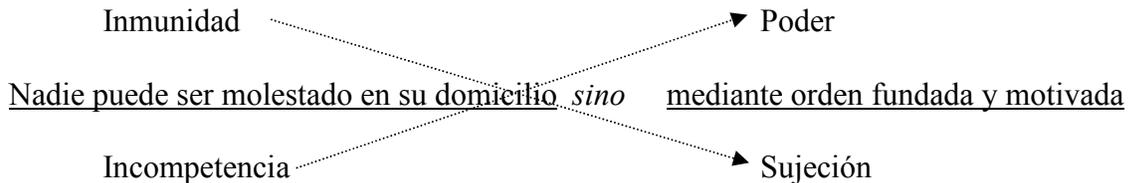
Para dejar en claro la afectación anterior, nos remitimos al esquema de correlativos jurídicos de Wesley Newcomb Hohfeld, el cual es expuesto por Juan Antonio Cruz Parcero de la siguiente manera:

CORRELATIVOS JURÍDICOS			
Pretensión	Privilegio o libertad	Poder o competencia	Inmunidad
Deber	No-derecho	Sujeción	Incompetencia ³²

De los cuales nos interesan los dos últimos pues bajo dicho contexto, la condición expuesta por el artículo 16 Constitucional es que el particular tiene inmunidad –en su domicilio- y por tanto la autoridad es incompetente para entrar a él.

Inmunidades e incompetencias. Tal como se señaló ya, una inmunidad es el correlativo de una incompetencia (“no potestad”), y el opuesto (o la negación) de una sujeción.³³

No obstante, la excepción perlocutiva transforma ambas situaciones jurídicas y ahora la autoridad cuenta con poder y el particular con sujeción dando lugar al siguiente esquema:



Con el pretexto de que el acto se encuentra fundado y motivado, las autoridades hacen que las excepciones se vuelvan condiciones y las condiciones excepciones, o dicho de otro modo, las inmunidades se vuelven sujeción y las incompetencias se vuelven poder sólo porque así lo permite la Constitución, lo cual demuestra que los derechos escritos y garantías sean sólo texto.

Nuestra Carta Magna produce un nuevo ejemplo en su artículo 8:

Artículo 8o.- Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la republica.

³² Cruz Parcero Juan Antonio, *El lenguaje de los Derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 34.

³³ Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Ed. Fontamara, 2004, p. 87.

De donde se advierte una excepción que excluye totalmente la petición en materia política para los extranjeros, robusteciendo la diferencia entre individuos y ciudadanos. Asimismo, la fracción III del artículo 43 del Código Fiscal de la Federación indica:

Artículo 43. En la orden de visita, además de los requisitos a que se refiere el artículo 38 de este código, se deberá indicar:...

III. Tratándose de las visitas domiciliarias a que se refiere el artículo 44 de este código, las ordenes de visita deberán contener impreso el nombre del visitado **excepto** cuando se trate de órdenes de verificación en materia de comercio exterior y se ignore el nombre del mismo. En estos supuestos, deberán señalarse los datos que permitan su identificación, los cuales podrán ser obtenidos, al momento de efectuarse la visita domiciliaria, por el personal actuante en la visita de que se trató.

En donde la revisión fiscal pretende uniformidad en la exigencia del nombre impreso del visitado a fin de evitar arbitrariedades; no obstante, la excepción se forja en revisiones de comercio exterior quebrantando la uniformidad discursiva para enderezar la fuerza del Estado sobre los tópicos preferentes seleccionados por éste.

Igualmente, dentro del juicio de amparo el artículo 157 de su Ley establece:

Artículo 157.- Los jueces de Distrito cuidarán de que los juicios de amparo no queden paralizados, especialmente cuando se alegue por los quejosos la aplicación por las autoridades de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, proveyendo lo que corresponda hasta dictar sentencia, **salvo** los casos en que esta ley disponga expresamente lo contrario.

Lo que arroja una indeterminación producida por disociación de los casos en que la Ley disponga “expresamente lo contrario”, produciendo incertidumbre en la defensa.

Nuevamente la Ley de Amparo en su artículo 19 contiene una disociación que produce un privilegio al ejecutivo federal, demandado en dicha instancia, al decir:

Artículo 19.- Las autoridades responsables no pueden ser representadas en el juicio de amparo, pero si podrán, por medio de simple oficio, acreditar delegados que concurran a las audiencias para el efecto de que en ellas rindan pruebas, aleguen y hagan promociones.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el presidente de la república podrá ser representado en todos los tramites establecidos por esta ley, en los términos que determine el propio ejecutivo federal por el conducto del procurador general de la república³⁴, por los secretarios de estado y jefes de departamento administrativo a quienes en cada caso corresponda el asunto, según la distribución de competencias establecidas en la ley orgánica de la administración pública federal.

³⁴ Siendo el propio Presidente de la República quién determine la forma de representación, más no así el Procurador General de la República, ya que a través de éste únicamente se hará pública la designación del representante, de lo contrario, si fuese el propio Procurador quien lo designara, ello implicaría que tuviera dos partes en el amparo: la propia autoridad responsable y el Ministerio Público.

Con los ejemplos dados, es evidente que las palabras son el medio de comunicación menos fiables pues la realidad de la Constitución (*deber ser interno*) es sólo control inicial que da pauta a formar sub-controles (leyes secundarias) aplicables a la población y sólo por excepción al Estado (estatutarias) las cuales serán más blandas en obvedad al destinatario.

Todo lo anterior nos deja ver que el lenguaje escrito de la Ley es determinado por la intención de su creador, pues señala algo (ilocución) pero con una intención oculta (perlocución), por lo cual podemos decir que las leyes discurren en dos sentidos:

- a) Acto del habla (según Habermas) o argumentos de principios (según Dworkin); y
- b) Acto teleológico (según Habermas) o argumentos de política (según Dworkin).

Conforme a la concepción de Habermas, tenemos lo siguiente:

Consideremos dos casos paradigmáticos: una afirmación con que A manifiesta con intención comunicativa una determinada opinión y una intervención teleológica en el mundo con la que B trata de lograr un determinado fin... Lo mismo que A pretende que su enunciado es verdadero, B pretende que su plan de acción tiene perspectivas de éxito o que las reglas de acción conforme a las que ejecuta ese plan son eficaces... A se refiere a algo que como cuestión de hecho *tiene lugar* en el mundo objetivo. Con su actividad teleológica, B se refiere a algo que *ha de tener lugar* en el mundo objetivo.³⁵

Conforme a la concepción de Dworkin tenemos lo siguiente:

Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo... Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo... Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los derechos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo... Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos... Un objetivo es una finalidad política no individualizada.³⁶

Lo cual puede ser perfectamente complementado con los postulados de Luigi Ferrajoli en conclusión a las dos posturas expuestas al hablar de la verdad jurídica:

Con una fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal –como por lo demás todas actividad judicial- es un <<saber-poder>>, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*). En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa.³⁷

Para Ferrajoli, la verdad judicial es una verdad probable,... Podemos distinguir tres significados de la palabra verdad... la verdad como correspondencia, que es a la que, explícitamente, se adhiere Ferrajoli,... correspondencia entre la idea y la realidad,... El segundo tipo de verdad es la verdad como coherencia... la coherencia entre enunciados... Por último, la verdad como consenso se refiere ya sea a la verdad como correspondencia o a la

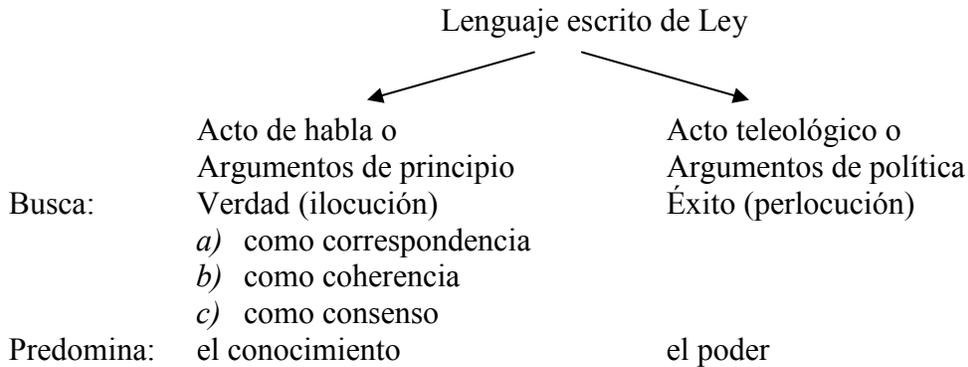
³⁵ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I*, Madrid, Ed. Taurus Humanidades, 2006, pp. 24-25.

³⁶ Dworkin, Ronald., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002, pp. 148, 158-159.

³⁷ Ferrajoli, Luigi., *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 45-46.

verdad como coherencia. Es decir, la verdad como correspondencia la verdad como coherencia no existe sin que alguien las afirme o las niegue ante otro.³⁸

Lo cual se puede esquematizar de la siguiente manera:



Pues si la Ley es ampliamente inculcada –como ideología- entre la población y autoridades encargadas de dirimirla, entonces predomina el éxito del poder, pero si se entiende debidamente -como principio-, entonces predomina la verdad del conocimiento jurídico.

Sin embargo, toda Ley obedece al control inicial por lo que podemos decir que lo que dicta la mayoría de las leyes es lo que conviene a los intereses creados por los más poderosos. Porque las leyes no reflejan lo que la sociedad piensa de sí misma y desea ser sino donde está el poder.

1.1.2. *Nulidad normativa de los derechos y robustecimiento del poder en México*

1.1.2.1. Nulidad de los derechos

La libertad (como derecho) se limita a adecuarse a las normas en donde los hechos son los que se ajustan a éstas y no al revés, por lo que el postulado de aplicación de la Ley pierde sentido frente al texto normativo pues lo imperante es el ajuste de la realidad a la Ley.

Es así que los hechos se motivan y ocurren de una forma, las informaciones otorgadas por las partes los presentan con sus naturales intenciones, los escribientes los registran de manera deformada por su analfabetismo funcional y el intérprete los construye, no lo reconstruye, como subjetivamente los conozca o los comprenda, seleccionando los datos y los sujetos que le sirvan para integrar los elementos que la norma exige.³⁹

Efectivamente, las normas confinan al forzoso ajuste de los hechos a la norma y no la aplicación de ésta a los hechos en virtud de lo dicho por la Constitución en el cuarto párrafo de su artículo 14, seguido por el artículo 158 de la Ley de Amparo⁴⁰ en donde la prelación

³⁸ Berumen Campos, Arturo., *Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2003, pp. 251-252,254.

³⁹ González Vidaurri, Alicia, et al. *Control Social en México, D.F.*, México, UNAM Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, Unidad de Servicios Editoriales, 1998, p. 93.

⁴⁰ “Artículo 158.- ...

para juzgar atiende primeramente al texto de la Ley y en su defecto a su interpretación jurídica para finalmente arribar a los principios generales de Derecho⁴¹, cuando éstos deben ser un elemento común en la elaboración de sentencias y no sólo subsidiario, toda vez que:

a) La aplicación del texto de Ley (como primera opción) es *per ser* y *a priori* un riesgo a la función jurisdiccional en virtud de que la semántica de la norma conlleva a una diversidad de interpretaciones que dificultan su ulterior aplicación.

Si la norma es clara, esto es, cuando todas las interpretaciones razonables que pueda recibir conduzcan a la misma solución,... se deberá verificar,... esto implica postular:

Que de toda norma y *a fortiori* de la norma clara, hay múltiples interpretaciones razonables, entendiendo por razonable un enuncado equivalente a la norma de origen y que conduce a la misma norma de salida;

Que las múltiples interpretaciones razonables son finitas y enumerables... y

Que el conjunto de todas las interpretaciones conducen a una norma única como solución, sea porque lógicamente la impliquen, o porque el juez no tenga, frente a ese conjunto, otra alternativa de procedimiento.

La definición de las normas claras, como se puede observar inmediatamente, revela dificultades de las cuales lo menos que puede afirmarse es que nada tiene de claras... Estamos ante problemas de la semántica de las normas, de la relación que un enunciado normativo, por claro y evidente que sea, tenga con alguna otra entidad que corresponderá entrever: hechos sociales, sentidos o valores.⁴²

b) La interpretación jurídica (como segunda opción) dependerá de la óptica y tendencias particulares del juzgador (artículo 94 Constitucional) que incurre en interpretaciones extensivas o integrativas no autorizadas.

Si la interpretación más seria y metódica de la norma clara, se encuentra con esa problemática, es aún más confusa e inaccesible la situación cuando se trata de normas oscuras que nos llevan a un callejón sin salida o a normas en blanco en las que cabe todo tipo de interpretación.⁴³

... si bien algunos autores hablan de la *garantía de la exacta aplicación de la ley en materia civil*, lo cual es correcto cuando se contempla un negocio de esa naturaleza sobre el cual existe norma jurídica que lo regula o que puede ser interpretada, pero que consideramos es una denominación incorrecta cuando no existe norma exactamente aplicable al caso, y se requiere un reenvío a los *principios generales de derecho*, en cuyo caso malamente se podría afirmar que existe una violación por inexacta aplicación de la ley, cuando ésta no existe.⁴⁴

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a sus principios generales de Derecho a falta de ley aplicable, ...”.

⁴¹ En términos de Juventino V. Castro, *Hacia el Amparo evolucionado*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 72: “*En el texto constitucional, la mención de las sentencias civiles se toma en su sentido lato para referir se al as materias civil, propiamente dicha, y a la mercantil; pero con mayor precisión hace referencia las sentencias no penales.*”.

⁴² González Vidaurri, Alicia, et al, *op. cit.*, p. 94.

⁴³ *idem*.

⁴⁴ Castro, Juventino V., *Hacia el Amparo evolucionado*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 73.

Se robustece la indebida ubicación última de los principios generales de Derecho pues teóricamente son el sustento inicial de todo sistema legal y dado que el particular actúa con libertad bajo el principio que implica poder hacer todo aquello que no le es prohibido (lo que no acontece para la autoridad quien forzosamente debe actuar conforme a Ley), es evidente que la norma sea la aplicable a los hechos más no éstos ajustados al texto de Ley.

A partir de este presupuesto, los actos deben desarrollarse al margen de la voluntad de sus emisores y jamás en torno a las leyes⁴⁵. Por su parte, los actos de autoridad no pueden nacer con libertad sino siempre conforme a la Ley en donde se obliga a fundarlos y motivarlos.

En efecto, tenemos dos ejemplos que –como texto- parecen cumplir lo antes dicho:

a) El primer ejemplo es el artículo 5 del Código Fiscal de la Federación, el cual establece tres momentos:

Artículo 5o.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.

Los tres momentos se ubican por orden de la siguiente manera:

- i) *Aplicación* (primer párrafo), con lo cual se supone que la Ley entiende que las normas sólo se aplican a los hechos más no al revés, por lo que los hechos no deben ajustarse a la Ley, y sólo cuando ésta es oscura nos lleva al segundo momento:
- ii) *Interpretación* (segundo párrafo *ab initio*), lo cual implica –como trilladamente es conocido- desentrañar el verdadero sentido de la norma, y sólo cuando ésta se encuentra incompleta nos dirigimos al tercer momento:
- iii) *Integración* (segundo párrafo *in fine*) burdamente conocido como “supletoriedad” pues en diversos países, verbigracia España, se le conoce como “subsidiariedad”, palabras que significan una misma cosa: complementar a la Ley con otros ordenamientos a fin de arrojar un sentido integral. Cuando ésta se produce con las leyes de un mismo país se

⁴⁵ Como lo refieren los artículos 1832 del Código Civil Federal y artículo 78 del Código de Comercio:
“Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

Y que de igual el artículo 78 del Código de Comercio (CC):

“Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”.

llama *autointegración*, y cuando se permite la aplicación de legislaciones externas se llama *heterointegración*.

b) El segundo ejemplo ilocutorio, lo tenemos con los textos de los artículos 68 del CFF y el artículo 21 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, cuyo texto comparado es:

Artículo 68 del Código Fiscal de la Federación	Artículo 21 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente
Artículo 68.- Los actos y resoluciones de las autoridades fiscales se presumirán legales...	Artículo 21.- En todo caso la actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe,...

¿Por qué los actos de la autoridad se presumen *legales* y por qué los actos del particular se presumen *de buena fe*? Porque la autoridad es quien tiene que obrar siempre sólo con arreglo a la Ley en tanto que el particular tiene siempre libertad para actuar.

No obstante; en la práctica se exige al particular que actúe siempre pensando en la norma aunque no la conozca pues de no ser así serán sancionado. Verbigracia, el artículo 6 del CFF dispone: “Las contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho”. Sin embargo, aclara que serán aquellas situaciones jurídicas o de hecho “previstas por las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran”⁴⁶.

Tal aclaración produce perlocutivamente, mediante el uso de la palabra de disociación, que el acto del particular se someta a modalidades de tiempo y forma que, además de sujetar la libertad individual, arroja una constante incertidumbre en virtud de la recurrente modificación de las leyes⁴⁷, creando en la autoridad hacendaria la idea de sometimiento forzoso de los actos de los particulares a las leyes.

Pero aquí parece haber una contradicción monstruosa. Si un hombre tiene derecho a hacer lo que su conciencia le dice que debe hacer, entonces, ¿cómo se puede justificar que el Estado lo disuada de hacerlo? ¿No está mal que un estado prohíba y castigue aquello que reconoce que los hombres tienen derechos a hacer?⁴⁸

Así, el particular actúa permanentemente sin conocer las verdaderas consecuencias jurídicas de su voluntad por efecto de temporalidad caprichosa de la Ley, en donde sus

⁴⁶ “Artículo 6o.- Las contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran.”

⁴⁷ La conocida “planeación fiscal” no es otra cosa que buscar el constante encuadramiento de los hechos a la norma, buscando siempre su ajuste con base a las constantes reformas de ésta, por lo que incluso fue sugerida la adición de un artículo 52-B al Código Fiscal de la Federación a fin de sancionar “acciones fiscales agresivas” lo que la Ley determinada como actos encaminados a disminuir las cargas impositivas, cuando lo cierto es que ésta forma de actuar, no constituye ninguna irregularidad en tanto sea realizada conforme al margen de la Ley; sin embargo, lo importante no es sólo si el particular obtiene una carga impositiva menor o no, sino el hecho de que ante el texto apereceptor de Ley, el particular deba constantemente buscar la adecuación de sus actos a la Ley, cuando lo cierto es que sus actos son libres, y por tanto no apegados a Ley, sino sólo a su voluntad.

⁴⁸ Dworkin, Ronald., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002, p. 280.

actos serán siempre supeditados a normas restrictivas de su patrimonio (tributarias) por efecto siempre cambiante o por desconocimiento.

Esa indebida óptica desarrolla un sinnúmero de leyes que contienen desde meras “presunciones” hasta “facultades discrecionales” a fin de encuadrar a como de lugar los hechos a la norma, en donde el poder se erige con imperio desarmando la libertad.

Reformulando así el problema, el particular se convierte en mero reproductor de lo seleccionado por quien detenta el poder -en analogía burda a los concursos de televisión en donde las reglas ya están impuestas- y por tanto, el particular obra sólo conforme al control inicial, el cual, lejos de establecer con claridad el concepto y valor de los derechos se aboca a normar a favor del Estado con base en anotaciones enfáticas de sus atribuciones en donde los derechos se reducen a términos y no a conceptos.

La confusión surge al separar... el sustantivo... como *término* y no como *concepto*; surge tal confusión, porque no lo aprecian como una idea concebida ya formada por el entendimiento (el concepto), sino como una partícula (nombre o término) en la oración... Así, el concepto circunscribe -o si se quiere, define- la substancia y la esencia de la idea, la revela... el concepto no se limita a describir y clasificar los datos empíricos, también posibilita la derivación deductiva de ellos. La función lógica del concepto es la suposición por la cual el concepto mismo, en todas las combinaciones que entra, está en vez de las cosas significadas... Citado por Abagnano, Frege manifestaba que: “El concepto es algo objetivo, que no es construido por obra nuestra y que por lo tanto una proposición como ‘el número 3 es un número primo’ es algo completamente independiente de la circunstancia de hallarnos despiertos o dormidos, vivos o no; una cosas que vale y que valdrá objetivamente y por siempre, independientemente de la existencia o no existencia de seres que reconozcan o no esta verdad”.⁴⁹

Podemos concluir que si el *valor* es allende al concepto -pues se le asigna mediante referentes-⁵⁰ y el *término* inferior a éste -por ser sólo idea aislada no adminiculada con el entorno al cual pertenece- es de concluir que los derechos carecen de desarrollo jurídico y fáctico (*deber ser jurídico*) en virtud del texto *nomoestático*, pues un derecho sin desarrollo normativo que produzca su justiciabilidad implica la nada jurídica.

Así, es de enfatizar desde este momento -para confirmar lo dicho- qué debemos entender por norma, pues para Riccardo Guastini existe una diferencia entre *disposición* y *norma*:

En fin, es necesario distinguir entre los enunciados y su significado por la simple razón de que no se da una correspondencia biunívoca entre unos y otros... Por un lado, la noción de enunciado normativo, entendido como una expresión lingüística de forma completa, idónea para ser interpretada en sentido normativo. Por otro, la noción de norma, entendida como el

⁴⁹ Calvo Nicolau, Enrique., *Tratado del Impuesto Sobre la Renta II-B*, México, Ed. Themis, 1998, pp. 1404-1405.

⁵⁰ En términos de Arturo Berumen Campos existen tres tipos de referentes: *a)* fáctico o empíricos: aquél que puede señalarse con el dedo, ostensiblemente o que se refiere a un “estado de cosas”; *b)* normativo: aquél que discurre de las normas jurídicas; y *c)* emotivo: referente a estados de ánimo, emociones o sentimientos. Cf. Berumen Campos, Arturo., *Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2003, pp. 4-11.

contenido significativo normativo que, según una determinada interpretación es atribuible a un enunciado... Por otra parte, el significado no es algo preconstituido respecto a la actividad interpretativa, ya que es una variable de las valoraciones y decisiones del interprete. La elección de atribuir un cierto significado a un enunciado y no otro es fruto de la voluntad y no del conocimiento.⁵¹

Aunque la expresión <<norma>> se usa con muchos sentidos en la literatura jurídica, es importante distinguir el texto de los documentos legislativos, que son el objeto de la actividad interpretativa y que Guastini denomina disposición, del contenido de significado de dichos textos, que Guastini denomina norma; la norma no es más que el resultado de la actividad interpretativa... en cuanto a contenidos significativos, no son previos a la interpretación, sino el resultado de la actividad interpretativa; la interpretación jurídica no ha de ser comprendida como una actividad consistente en descubrir el contenido de los textos o documentos normativos, sino como una actividad consistente en la propuesta o estipulación de determinados significados a determinados textos.... Con arreglo a esta concepción, los enunciados interpretativos... son producto no del conocimiento sino de la voluntad... cualquier enunciado interpretativo es, según Guastini, el resultado de una volición... y no de una actividad de carácter cognoscitivo.⁵²

Haciendo nuevamente referencia a Ferrajoli:

...el juicio penal –como por lo demás todas actividad judicial- es un <<saber-poder>>, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*). En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa.⁵³

Por ello, podemos resumir la diferencia entre disposición y norma de la siguiente manera:

Disposición	=	texto
Norma	=	significado (de voluntad)

En donde la disposición es *a priori* y la norma –interpretación- es *a posteriori*, razón por la cual el presente trabajo habla en su título de *normas impositivas* pues éstas son el resultado de lo que el Estado piensa de las leyes que ha emitido, por lo que su ideología es perenne y sólo resta aplicarla a la dinámica social pese a ser escrita en un pasado que evidentemente se desfasa del presente y el futuro. Guastini sigue diciendo:

Interpretación y definición, en efecto, son especies de un único género (en realidad, quizás son la misma cosa)... Existen fundamentalmente dos tipos de definiciones;... 1) *Definiciones lexicográficas*... describen el modo... cómo el vocablo o el sintagma definidos son efectivamente usados por alguien... 2) *Definiciones estipulativas*... proponen usar un determinado vocablo sintagma de una forma determinada, con preferencia sobre otras... *Estipulaciones*... todas las *decisiones* relativas al significado de un vocablo o de un sintagma... *Redefiniciones*... consiste en *precisar* el significado de un vocablo o sintagma, eliminado (al menos en parte) la ambigüedad y la vaguedad que son propias del uso común... Ahora, la misma distinción que hemos usado para las definiciones puede ser también aplicada (si bien no es habitual hacerlo) a las interpretaciones. 1) *Interpretaciones-conocimiento*...

⁵¹ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999, pp. 33,35.

⁵² Ferrajoli, Luigi, *et al, Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 100-101, 103.

⁵³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 45-46.

consiste en *conocer*... o en *conjeturar* el significado o los significados de una expresión determinada... 2) *Interpretación-decisión*... consiste en *proponer* o en *decidir* atribuir a una determinada expresión un determinado significado con preferencia sobre otros.⁵⁴

Lo cual se puede esquematizar de la siguiente manera:

Definiciones		Interpretaciones	
Lexicográfica	→ describe	Interpretación-conocimiento	→ conjetura
Estipulativa	→ propone	Interpretación- decisión	→ propone
Estipulación	→ decide		→ decide
Redefinición	→ precisa (disposición)		

Mientras que el legislador redefine (pasa de un referente empírico a un referente normativo –aunque a veces se quede en el primero por función incompleta-), la autoridad al aplicar la Ley, y los tribunales al resolver un juicio, *deciden* el significado de la ley (la interpretan) y la convierten en norma.

Así, el Estado de Poder se robustece con facultades estipuladas (*decisión*) y redefinidas en Ley (*precisión*) en las que –además- se incluyen fracciones residuales con la frase “todas las demás que determinen las leyes”, sin fracción igual para los derechos fundamentales.

1.1.2.2. Robustecimiento del poder

El texto Constitucional no debe circunscribirse exclusivamente a mencionar *términos* sino igualmente a dejar en claro su *concepto* y *valor*.

En realidad a quien detenta el poder le interesa continuar detentándolo, y los medios generalmente no son determinantes. Sin embargo por razones de “eficiencia”, todo poder prefiere inducir conductas, y sólo forzarlas en caso de no seguir lo primero.⁵⁵

Efectivamente, no hay que discutir ahora que, en definitiva, la coacción es la forma última de poder. Pero de ninguna manera nos encontramos constantemente en la última instancia. La autoridad (el poder que se justifica por las creencias de los que obedecen voluntariamente) y la manipulación (el poder que es ejercido sin su consentimiento sobre los que carecen de poder) deben ser consideradas también, además de la coacción. En realidad, hay que establecer tres tipos cuando pensamos en el poder.⁵⁶

Ante ello surge la moral disfrazada en donde se sugiere, mediante la persuasión, la sujeción a la Ley para evitar distorsionar las instituciones hasta ahora existentes, es decir, a diferencia del convencimiento que apela a la razón, la persuasión apela a la moral y produce el apartamiento de la función social del Derecho.

⁵⁴ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 201-203.

⁵⁵ Correas, Óscar, *op. cit.*, p. 204.

⁵⁶ Charles Wright Mills, *cit. pos.* Jorge Fernández Ruiz, *Poder Legislativo*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 38.

Justamente, cuando la ley intenta transformarse en una moral es cuando distorsiona su función social, cuando encapsula al individuo, cuando masifica y anula a los habitantes de un país. Sin embargo, la sociedad en que vivimos cree con firmeza en esta moral enlatada.⁵⁷

Este efecto es común en nuestro país y lo vemos con actos de autoridad que se basan más en la moral crítica que en la moral positiva que el legislador plasma en las leyes⁵⁸ y se denota así que la Constitución es un control social de dominación.

La Constitución Política de México, establece que el supremo poder de la federación se divide para su ejercicio en: Legislativo, Ejecutivo y Judicial (artículo 49). Y aclara también, que no podrá reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo salvo en el caso de facultades extraordinarias del Ejecutivo de la Unión... Sin embargo,... De acuerdo a la misma Constitución Política, es el Presidente del Poder Ejecutivo el que nombra a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la aprobación de la Cámara de Senadores (artículos 89, XVIII; 96, 98 y 99); y en el Distrito Federal, es el Presidente de la República el que nombra a los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia con la aprobación de la Cámara de Diputados (artículos 89, XVII; 73, VI, 4ª. de la Constitución Política Mexicana vigente en 1917 a 1994). Por lo que toca al equipamiento y a la satisfacción de las necesidades del órgano judicial, corresponde también al Presidente del Ejecutivo hacerlos efectivos de acuerdo a la fracción XII del artículo 89 de la Constitución Política Federal. Pero además, el Presidente de la República debe someter las licencias y las renunciaciones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia a la aprobación de la Cámara de Senadores y puede pedir ante la Cámara de Diputados la destitución, por mala conducta, de cualquiera de los ministros de la Suprema Corte, de los Magistrados de Circuito, de los Jueces de Distrito, de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y de los Jueces del Orden Común del Distrito Federal, mediando una plática privada con el servidor público (artículos 89; XVIII, XIX y 111 parte final constitucionales). Esto implica que la misma Carta Magna reúne dos poderes en una sola persona. Por ello, queda claro que el órgano judicial, su organización fundamental, su funcionamiento y el nombramiento y control de las cúpulas, están supraordenadas por el Poder Ejecutivo, por lo que en consecuencia son dependientes de éste.⁵⁹

Se arroja así a un Poder Judicial sin autonomía supeditado al Presidente de la República, quien inicia el control sobre éste desde la propuesta de Ministros, la cual deriva de asunción al artículo II, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América (EUA), para reunir a dos poderes en una sola persona.

La constitución original de 1917 señalaba que los ministros de la suprema corte serían designados por el congreso de la unión en funciones de colegio electoral, siendo los candidatos propuestos, uno por cada legislatura local, en la forma que ordenara la propia ley local. Empero, este sistema se modificó y su reforma se publicaron en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1928 para configurar el sistema que tenemos actualmente y que está inspirado en el norteamericano; en éste ha dado buen resultado, porque el senado vigila realmente los

⁵⁷ Bucay, Jorge, *Cartas para Claudia*, México, Ed. Océano, 2005, p. 168.

⁵⁸ El ejemplo más claro lo encontramos con las instituciones de Seguridad Social, quienes so pretexto de no permitir la desprotección de los trabajadores fincan créditos fiscales sin considerar si los hechos corresponden a verdaderas relaciones laborales o de índole civil (e.g. servicios profesionales).

⁵⁹ González Vidaurri, Alicia, *et al. op. cit.*, pp. 72-73.

nombramientos, los que reciben la atención de la opinión pública, pero en México esas designaciones quedan en las manos exclusivas del presidente.⁶⁰

Sin desdeñar al poder legislativo que también tiene influencia normativa del ejecutivo pues aunque su tarea se encomienda al Congreso de la Unión (artículo 50 Constitucional) la verdad es que dicha tarea puede ser iniciada por diversos funcionarios, a saber (artículo 71):

Artículo 71. El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

- I. Al Presidente de la República;
- II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión; y
- III. A las Legislaturas de los Estados.

Lo que connota y denota dos cuestiones importantes:

a) La primera en sentido de *enunciado* pues el artículo nombra al Presidente de la República y no al Ejecutivo Federal como facultado con iniciativa legislativa.

La facultad de iniciativa corresponde en forma exclusiva al presidente de la república; esta regla es general y constante; no pueden ejercerla los secretarios, los jefes de departamento ni algún otro funcionario que dependa de él.⁶¹

b) La segunda en sentido de *enunciado* y de *hechos* pues de la habilitación a determinados funcionarios para iniciar leyes, el Poder Legislativo se convierte en *sujeto pasivo* de tal función respecto de las iniciativas del presidente, en tanto éste es *sujeto activo* pues el Legislativo trabajará con base a una idea no propia.

Sin iniciativa no hay proceso legislativo; ésta lo inicia y finalmente también justifica la existencia de ese cuerpo colegiado que se denomina *congreso de la unión*.⁶²

Ello se robustece si consideramos que, verbigracia, el presupuesto anual de egresos siempre nace en el seno del ejecutivo federal, quien tiene exclusividad de iniciativa (artículo 74):

Artículo 74. ...

El Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara la Iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación a más tardar el día 8 del mes de septiembre, debiendo comparecer el secretario de despacho correspondiente a dar cuenta de los mismos. La Cámara de Diputados deberá aprobar el Presupuesto de Egresos de la Federación a más tardar el día 15 del mes de noviembre.

No obstante, las demás leyes no confieren exclusividad al Presidente pero la práctica da una realidad distinta al texto constitucional, principalmente con leyes impositivas como las que año con año suceden y producen una costumbre legislativa-sustancial a favor del Presidente

⁶⁰ Flores García, Fernando, *cit. pos.* Jorge Carpizo *op. cit.* p. 182.

⁶¹ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Ed. Oxford, 2002, p. 179.

⁶² *Ibidem*, p. 174.

(pues el texto de la Constitución es sólo formal), quien aparentemente pierde el control de su propuesta al enviarla para discusión y aprobación al congreso.

... la esencia del positivismo legislativo, es que sólo los estatutos promulgados por el poder legislativo podrían ser leyes. Sin embargo, en las naciones de derecho civil era común que el príncipe tuviese poder legislativo dentro de ciertos límites... Por el mismo razonamiento, la legislatura podía delegar el poder para promulgar regulaciones que tenían la fuerza de leyes a los órganos administrativos del gobierno.⁶³

Sin embargo, el control lo retoma posteriormente con el plazo de diez días para realizar observaciones después de la discusión de las cámaras, acorde a los incisos A y B *íbidem*:

Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B. Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

Lo cual es una inercia en nuestro país por la indebida asunción de la Constitución Española, pues en tanto que allá se establece la sanción regia del rey como simple requisito formal, nuestra Carta Magna lo adopta como requisito sustancial:

El Rey, como el Presidente del Gobierno que le refrenda, no podrá negar la sanción, que el artículo 91 de la Constitución impone otorgar (<<sancionará>>, imperativamente) en un plazo tasado de quince días; el acto es de pura comprobación de la voluntad de las Cámaras ya adoptada. De este modo, la sanción regia se ha convertido en un simple requisito formal de la promulgación...⁶⁴

La participación del presidente se da en todas las fases de creación de leyes: prelegislativa (con la iniciativa de Ley), legislativa (con los diez días para observaciones) y postlegislativa (con la interpretación administrativa y la ejecución de las leyes).

Se concentran así dos poderes en uno solo, la tarea legislativa y ejecutiva se reúnen en el Presidente quien inicia y concluye el proceso legislativo y en obviada a sus funciones buscará la pronta ejecución de la ley para mejorar el desarrollo de sus actividades desdeñando objetividad a sus propuestas. Así, dos poderes distintos: ejecutivo y legislativo

⁶³ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 54.

⁶⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2002, p. 118.

–pese a los diversos niveles de este último: federal y estatal- concurren a la iniciativa legislativa omitiendo al Poder Judicial de la misma en evidente desequilibrio estatal.

El ejecutivo asume de manera transitoria los papeles de iniciador, aprobador y promulgador. La ley que lo faculta es la medida tanto del derecho de iniciativa como de las limitaciones y de su actividad sustitutiva del órgano legislativo.⁶⁵

En sustancia, ¿cómo es posible la defensa de los derechos cuando éstos normativamente son desdeñados por el texto Constitucional? lo cual deja en claro quién es el Estado y sus instituciones más no así lo hace respecto al particular, cuya repetición constante horilla a un convencimiento no solo normativo sino, igualmente, psicológico de lo que entiende de su posición en el país.

Con ello, toda interpretación de la norma será apegada sólo a la Ley (nunca siquiera a principios generales de Derecho) confinada a una repetición de poder del Estado simplemente porque así lo dice la Constitución pues todo criterio ajeno será visto como desadaptación. Ello confirma que si la propia Constitución coloca al particular en un campo cercado de poder estatal, lo destina a vivir así jurídicamente ante lo cual difícilmente surgirán criterios que guíen a elevación normativa del individuo.

1.2. *Derechos individuales y sociales según Ferrajoli*

1.2.1. Derechos fundamentales

Los derechos son el punto elemental del desarrollo de las personas en la sociedad, cuya defensa es constante aún sin la plena conciencia de su titularidad o existencia normativa. Los derechos han sido tratados doctrinariamente por “generaciones” e internacionalmente – en lo jurídico- por las Naciones Unidas a través de “Pactos”, esto es:

a) La primera generación es la de los derechos civiles y políticos, para lo cual surge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49 y vinculación de México el 23 de marzo de 1981 por publicación en el Diario Oficial de la Federación de 22 de junio de 1981.⁶⁶

En dicho Pacto se reconoce el derecho a la vida, a la libertad, a la libertad de circulación, a la libre elección de residencia, a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, al reconocimiento de su personalidad, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión, derecho de reunión pacífica y asociación, derecho a contraer matrimonio, de participación en los asuntos públicos y votar y ser elegidos, conminando a todos los países partes del Pacto para que en sus legislaciones respeten y garanticen tales derechos (artículo 2).

⁶⁵ Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, p. 175.

⁶⁶ Cfr. Ferrer Mac-Gregor y Carbonell Miguel, *Compendio de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2007, p. 411 y ss.

b) La segunda generación es la de los derechos económicos, sociales y culturales, para lo cual también surge el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con su artículo 27 y vinculación de México el 23 de marzo de 1981 por publicación en el Diario Oficial el 12 de mayo de 1981.⁶⁷

En dicho Pacto se reconoce el derecho a trabajar, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, a mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, a la educación, a participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, conminando a todos los países partes del Pacto para que en sus legislaciones progresivamente⁶⁸ adopten medidas legislativas para su plena efectividad (artículo 2).

c) La tercera generación es la de los derechos del desarrollo y derecho a la paz, los cuales, sin plena identificación como en los dos puntos anteriores, se encuentran comprendidos –no tanto como derechos sino como prohibición de guerra- dentro de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y –como derecho- con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño a la participación de niños en los conflictos armados, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000 con entrada en vigor el 12 de febrero de 2002 y vinculación de México el 15 de marzo de 2002, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de mayo de 2002.

La historia del constitucionalismo es la historia de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares, hoy reivindicados y todavía no todos constitucionalizados.⁶⁹

Sobre los últimos, Luigi Ferrajoli ha expuesto:

La Carta de la ONU ha desterrado la guerra en su solemne preámbulo y después en su artículo 11, porque la guerra ha llegado a ser inaceptable, y el derecho internacional ha cambiado de naturaleza porque ha cambiado de naturaleza la guerra. Incorporando como principio fundamental la prohibición de la guerra, la Carta de la ONU ha transformado la injustificabilidad oral de la guerra –cualquier guerra- en su ilegalidad o ilicitud. De este modo, la cuestión de la injusticia de la guerra ha sido en gran parte superada por la afirmación de su ilegalidad. Tal es, por lo demás, el valor garantista del derecho positivo.⁷⁰

De lo que se advierte una alta atención a evitar la guerra. No obstante, no es nuestra intención realizar un estudio sobre las generaciones de los derechos ni su trato internacional (pues las líneas anteriores se vierten sólo como referencia inicial) sino su defensa, por lo

⁶⁷ *Ibidem*, p. 447 y ss.

⁶⁸ Lo que Víctor Abramovich y Christian Curtis han denominado “obligación de progresividad y prohibición de regresividad”, Cft. Abramovich, Víctor y Curtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 92 y ss.

⁶⁹ Ferrajoli, Luigi, *et al*, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 73.

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 32.

que con el ánimo de evitar hacer amplio el presente apartado, es de señalar que –respecto a los dos primeros puntos- los Pactos no brindan un estudio de los derechos ya que no es esa su intención sino alentar su regulación, por ello consideramos adecuado abordar el estudio de los derechos conforme la concepción de Luigi Ferrajoli quien –de entre los diversos tratadistas- nos habla de derechos fundamentales:

La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas. Y pueden, pues, ser asumidas como los dos parámetros –el primero superable, el segundo insuperable- sobre los que fundar dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos y la existente entre derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía), que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. Cruzando las dos distinciones obtenemos cuatro clases de derechos: los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme a la Constitución italiana), el derecho a la vida y ala integridad de la persona, la libertad persona, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a al salud y a la educación y las garantías penales y procesales; los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como (siempre conforme a la Constitución italiana) el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado, los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho a de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.⁷¹

Lo cual esquematiza el propio Ferrajoli, de la siguiente forma:

Derechos fundamentales	Derechos de la persona	Derechos del ciudadano
Derechos primarios	Derechos humanos	Derechos públicos
Derechos secundarios	Derechos civiles	Derechos políticos ⁷²

A su vez, nos habla de otra división entre derechos fundamentales y patrimoniales, surgida de libertad y propiedad, cuya diferencia discurre en cuatro puntos:

La primera diferencia consiste en el hecho de que los derechos fundamentales –tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los sociales- son derechos <<universales>> (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras que los

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 40.

⁷² Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 294.

derechos patrimoniales – del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito- son derechos singulares (*singuli*), en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás. Por consiguiente, los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad. La segunda diferencia... Los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales –de la propiedad privada a los derechos de crédito- son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Éstos se acumulan, aquéllos pertenecen invariables. No cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. Los derechos patrimoniales, al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian, se venden. Las libertades, por el contrario, no se cambian ni se acumulan. La tercera diferencia... tiene que ver con la estructura jurídica de los derechos... mientras que los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas. Los primeros se identifican con las mismas normas o reglas generales que los atribuyen... En cambio, los segundos son siempre actuaciones singulares dispuestas por actos a su vez singulares y pre-dispuestas por las normas que los prevén como sus efectos. Hay... una cuarta diferencia... Mientras los derechos patrimoniales son... *horizontales*, los derechos fundamentales, son... *verticales*... en el sentido de que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista –contractual, sucesorio y similares-, mientras las que se producen entre los titulares de los derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo (sólo o también) frente al Estado.⁷³

Estos derechos son los que más nos importan para el presente estudio pues sobre ellos se enfoca la tributación. Por eso en tanto los derechos fundamentales son un primer peldaño, los derechos patrimoniales son el segundo bajo el entendido de la *indisponibilidad activa y pasiva* de aquellos por imposibilidad de su cesión contractual de la vida, la igualdad o la libertad. Por ello, todo acto contractual que pretenda su disponibilidad producirá inexistencia o nulidad (garantizada en el artículo 5 constitucional).

Así las cosas, entendemos al Derecho Fiscal como una serie de normas encaminadas a regular las consecuencias de las libertades de los particulares. Esto es, dado A (causa) entonces se produce B (consecuencia), pues es aquí –precisamente- en donde la norma fiscal ejerce su función ya que grava las consecuencias de las decisiones de los particulares.

Por ejemplo, la Ley del Impuesto Sobre la Renta grava la obtención de ingresos:

Artículo 1o. Las personas físicas y las morales, están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos:

- I. Las residentes en México, respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.
- II. Los residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento permanente.
- III. Los residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, o cuando teniéndolo, dichos ingresos no sean atribuibles a éste.

⁷³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 46-48, 50.

Es importante hacer notar que el impuesto no grava simplemente los ingresos ya que ello implica una simple locución (decir), sin embargo, el derecho fiscal se denota por la ilocución (decir y hacer) así como por la perlocución (hacer sin decir), por lo que “ingresos” es un burdo abstracto, cuando en realidad la acción que se grava es la “obtención de ingresos”, pues ello connota el aspecto material del hecho imponible.

Podría decirse que es el núcleo del hecho imponible. Es tanta su importancia que no faltan quienes erróneamente confunden este aspecto con el propio hecho imponible como hipótesis legal condicionante *total*, lo cual no es así.

Es el elemento descriptivo al cual, *para completar* el hecho imponible como hipótesis, se le adiciona los restantes elementos del hecho imponible hipotético... Este elemento siempre presupone un verbo (es un “hacer”, “dar”, “transferir”, “entregar”, “recibir”, ..., etc.;...⁷⁴

Bajo dicha temática, un trabajador que ingresa a laborar en una empresa no paga contribuciones por la sola firma de su contrato, sino que las pagará –a través de la retención patronal- por la obtención de los ingresos que quincenal, semanal o mensualmente haya acordado.

Al igual, la Ley del Impuesto al Valor Agregado grava cuatro elementos:

Artículo 1o.- Están obligadas al pago del impuesto al valor agregado establecido en esta Ley, las personas físicas y las morales que, en territorio nacional, realicen los actos o actividades siguientes:

- I.- Enajenen bienes.
- II.- Presten servicios independientes.
- III.- Otorguen el uso o goce temporal de bienes.
- IV.- Importen bienes o servicios.

Por lo que la simple firme de un contrato de compra-venta –incluso con reserva de dominio- no es suficiente para la causación del impuesto pues de hecho la propia Ley que lo regula establece que la causación será al momento de que se obtengan los ingresos:

Artículo 1o.-B.- Para los efectos de esta Ley se consideran efectivamente cobradas las contraprestaciones cuando se reciban en efectivo, en bienes o en servicios, aun cuando aquéllas correspondan a anticipos, depósitos o a cualquier otro concepto sin importar el nombre con el que se les designe, o bien, cuando el interés del acreedor queda satisfecho mediante cualquier forma de extinción de las obligaciones que den lugar a las contraprestaciones.

De lo cual podemos concluir dos puntos:

a) El primero de ellos consistente en que la norma fiscal, en diversas ocasiones utiliza la ficción jurídica para llegar a sus fines. Verbigracia la obtención de ingresos con la simple emisión de facturas:

⁷⁴ Villegas, Héctor, B., *op.cit.*, p. 353.

Artículo 18. Para los efectos del artículo 17 de esta Ley, se considera que los ingresos se obtienen, en aquellos casos no previstos en otros artículos de la misma, en las fechas que se señalan conforme a lo siguiente tratándose de:

- I. Enajenación de bienes o prestación de servicios, cuando se dé cualquiera de los siguientes supuestos, el que ocurra primero:
 - a) Se expida el comprobante que ampare el precio o la contraprestación pactada.

Pues aún cuando el ingreso no se ha obtenido en verdad, el legislador finge a través de la Ley que así es para arribar a su fin: que los particulares paguen contribuciones para el gasto público.

También sucede lo mismo con la deducción estándar del artículo 142 del mismo ordenamiento legal respecto a las personas que tributan por arrendamiento pues aún cuando no se efectúen erogaciones deducibles en un 35%, la Ley referida lo permite.

Artículo 142. ..

Los contribuyentes que otorguen el uso o goce temporal de bienes inmuebles podrán optar por deducir el 35% de los ingresos a que se refiere este Capítulo, en substitución de las deducciones a que este artículo se refiere. Quienes ejercen esta opción podrán deducir, además, el monto de las erogaciones por concepto del impuesto predial de dichos inmuebles correspondiente al año de calendario o al periodo durante el cual se obtuvieron los ingresos en el ejercicio según corresponda.

Pues aún cuando no se haya erogado en verdad un 35% de los ingresos, se establece como ficción para hacer asequible el *quantum* del impuesto.

b) El segundo punto de conclusión del por qué la tributación sólo grava consecuencias pero no causas es muy sencillo, pues si se gravaran las causas sería tributar los derechos, tales como la libertad contractual, económica o cualquier otra garantizada por la Constitución.

No obstante, existen diversos ejemplos ajenos a la idea comentada que contradicen nuestra postura, tal y como lo es el “impuesto sobre tenencia o uso de vehículos”, con el cual se grava la tenencia de automóviles, sin embargo, la tenencia de un automóvil no constituye una consecuencia sino una causa pues se trata de un derecho patrimonial.

Asimismo, la reciente Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única establece –como motivo de creación- en su exposición del Ejecutivo Federal lo siguiente:

Este nuevo gravamen mantiene una característica importante del impuesto al activo, que consiste en inhibir la toma de riesgos excesivos a través de un fuerte apalancamiento de las empresas, lo cual se justifica como una razón de Estado, con objeto de evitar que las pérdidas por la toma excesiva de riesgos privados de crédito, pudiera afectar negativamente las finanzas públicas en caso de un rescate al sistema de pagos.

Esto es, si con la parte transcrita se advierte que la nueva contribución se crea para evitar que los particulares se apalanquen en créditos (lo cual genera el no pago de contribuciones)

ello atenta contra la libertad contractual pues todo particular es libre de hacer las contrataciones que desee, ya que las libertades igualmente conferidas a todos son un límite a las prohibiciones introducidas por el legítimo ejercicio de cualquier poder, lo que es necesario para que operen como límites frente al poder legislativo.

1.2.2. Derechos sociales

Como consecuencia del reconocimiento en Ley de los derechos a partir del individuo, se abordan los derechos de la sociedad a partir de las conductas que se esperan del Estado. México aborda en primer lugar mundial los derechos sociales con la Constitución de 1917.

Con raíces en la línea de pensamiento socialista, aparecen por primera vez en la Constitución mejicana de 1917 y se extienden al constitucionalismo europeo a raíz de la primera postguerra, para hacerse ya generales en la segunda. Este tipo de derechos no suponen ya una abstención del Estado como contenido fundamental, sino, por el contrario, una prestación positiva del Estado a favor de los ciudadanos, a los que se trata de asegurar un nivel mínimo de <<libertades reales>> que les asegure las posibilidades de existir y de desarrollarse libremente en la sociedad. Mientras que los derechos individuales en el sentido tradicional,... son poderes de prohibir, los derechos sociales son poderes de exigir.⁷⁵

Acostumbra afirmarse que en la Constitución actual de 1917, se crearon las *garantías sociales*, en contraposición –como complemento- de las tradicionales *garantías individuales*,...⁷⁶

En efecto, se trata de derechos en los cuales se entroniza al ser humano no como individuo aislado, sino formando parte –y parte activa- de una colectividad que tiene una tarea, una finalística, igualmente colectivas.⁷⁷

Pero no sólo debe entenderse a los derechos sociales si y sólo si existen una sociedad o satisfacen necesidades de ésta, sino –principalmente- por la conducta que corresponde al Estado frente a éstos. Es decir, los derechos sociales se caracterizan por la expectativa positiva de *hacer* de parte del Estado en contra del *no hacer* que los derechos individuales exigen, lo cual implica un esfuerzo económico del Estado para sufragarlos.

Uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en que el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público. De acuerdo con esta posición las obligaciones negativas se agotarían en un *no hacer* por parte del Estado... Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales culturales se caracterizaría por obligar al Estado a *hacer*,... el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen... Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado. Vale la pena repasar mentalmente la gran cantidad de recursos destinados a hacer efectivo, por ejemplo, el derecho de propiedad, a través de la organización de distintos servicios públicos: a ello se

⁷⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. II, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 59.

⁷⁶ Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, México, Ed. Porrúa, 2004, p. 34.

⁷⁷ Castro, Juventino V., *Hacia el Amparo Evolucionado*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 107.

destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera... Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina <<derechos-prestación>>. ⁷⁸

De donde surge la necesidad para el Estado de realizar un gasto público, el cual es solamente sufragado con las contribuciones de los particulares, esto es, los impuestos.

Por lo tanto, los derechos civiles y políticos son *derechos-poderes* o derechos de autonomía (derecho-participación) tanto en el plano privado como en el público mientras que los derechos humanos y sociales son *derechos-expectativa* (derechos-prestación) tanto en el sentido negativo (prohibición de lesión) como en el positivo (obligación de colaboración).

La primera pareja de esta clasificación cuatripartita –los *derechos civiles* y los *derechos políticos*– forma la clase de los *derechos-poderes* o derechos de autonomía, respectivamente en la esfera privada y en la esfera pública... La segunda pareja –los *derechos de libertad* (derechos humanos) y los *derechos sociales*– forman la clase de los *derechos-expectativa*, que consisten respectivamente en expectativas negativas y en expectativas positivas e implican, por parte de los poderes públicos, prohibiciones de interferencia en un caso, y obligaciones de prestación en el otro. Las dos clases de derechos corresponden a dos diversas fuentes de legitimación del sistema político y a dos diversas dimensiones, una formal y otra sustancial, de la democracia: los derechos-poderes o de autonomía, tanto civiles como políticos, son derechos formales o instrumentales, en cuanto permiten fundar y legitimar las *formas* (el *quién* y el *cómo*) de las decisiones, respectivamente en la esfera privada del mercado y en la esfera pública de la democracia política (o <<formal>>); los derechos-expectativa, tanto libertad como sociales, son en cambio *derechos sustanciales* o *finales*, ya que permiten vincular y legitimar el contenido o la *sustancia* (el *qué*) de las decisiones, y por tanto fundan una dimensión de la democracia que bien podemos llamar <<sustancial>>. ⁷⁹

Así, los derechos sociales han constituido a lo largo de los años el mejor parámetro para la calificación de efectiva soberanía de un país.

En todos los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos. El ejercicio de los poderes democráticamente conquistados debe corresponderse con una política de respeto y de compromiso con los derechos; de otra forma, los poderes públicos enfrentarán, cuando menos, un déficit en su *legitimidad de ejercicio*. ⁸⁰

En tanto los *derechos-poderes* requieren un acto jurídico para su exteriorización y titularidad, los *derechos-expectativa* discurren de simples hechos o manifestaciones sociales, razón por la cual –eventualmente– pasan desapercibidos en su efectivo desarrollo.

⁷⁸ Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 21-22, 25.

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi., *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 104.

⁸⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 11.

Esto es así pues aunque nuestra Constitución realiza una referencia de ellos, su desarrollo y exigibilidad es nula. Verbigracia, en el plano económico (artículo 25) no existe continuidad pues la SCJN ha determinado que tal artículo no contiene garantía alguna⁸¹, lo que ocasiona que su efectividad sea nula y sometida sólo discursivamente a la obediencia de directrices económicas para que los tres sectores (público, privado y social) participen en el desarrollo económico del país mas no existe exigibilidad de *hacer* al Estado para propiciar el justo reparto de los ingresos y riqueza. Así, el criterio del máximo interprete jurídico ha limitado drásticamente -en aras de proteger la universal inclusión- la concurrencia económica como garantía⁸²; y robustece con ello que es la propia Constitución la que refuerza el poder del Estado despojando de fuerza a los derechos (en este caso, derechos sociales).⁸³

En tanto los derechos individuales y sus garantías implican del Estado una conducta de *no hacer*, los derechos sociales y sus garantías exigen del Estado una conducta de *hacer*.⁸⁴

Sin embargo, el juego del Estado surge cuando en cumplimiento a los derechos sociales transgrede los derechos individuales, pues ambos son de alta importancia.

Los ciudadanos tienen tanto derechos personales a la protección del Estado como derechos personales a estar libres de la interferencia estatal.⁸⁵

⁸¹ No. Registro: 185,511 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Noviembre de 2002 Tesis: 2a. CXLV/2002 Página: 454

RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. EL ARTÍCULO 25 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OTORGA A LOS GOBERNADOS GARANTÍA INDIVIDUAL ALGUNA PARA EXIGIR, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, QUE LAS AUTORIDADES ADOPTEN CIERTAS MEDIDAS, A FIN DE CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A AQUÉLLA. El artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece esencialmente los principios de la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, lo que se logrará mediante la realización de acciones estatales a través de las cuales se aliente a determinados sectores productivos, se concedan subsidios, se otorguen facilidades a empresas de nueva creación, se concedan estímulos para importación y exportación de productos y materias primas y se sienten las bases de la orientación estatal por medio de un plan nacional; sin embargo, el citado dispositivo constitucional, no concede garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en la vía del juicio de amparo, que las autoridades adopten ciertas medidas para que se cumpla con tales encomiendas constitucionales, pues el pretendido propósito de esta disposición se dirige a proteger la economía nacional mediante acciones estatales fundadas en una declaración de principios que se contiene en el propio precepto de la Ley Fundamental.

⁸² El ejemplo más actual es la Ley de Ahorro y Crédito Popular respecto de las Sociedades Cooperativas dedicadas a éste giro.

⁸³ Para ello, la constitución española, a fin de cumplir los derechos sociales, en su artículo 9.2 impone “a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, **económica**, cultural y social.”

⁸⁴ Según Eduardo García de Entoría y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. II, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pp. 59-60: “Pero inmediatamente hemos de precisar que tal clasificación básica opera, en realidad, más con tipos ideales o históricos que con especies concretas actuales perfectamente separables. Las técnicas respectivas que singularizan a unos y otros tipos según la exposición precedente, se han intercambiado, en realidad, y hoy resulta difícil separar netamente dentro de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución los que responden a una sola y exclusiva de esas técnicas. Así cada vez es más claro que la contraposición tradicional entre los derechos que son expresión del principio liberal puro y los que manifiestan el principio democrático o participativo no existe.”

Verbigracia, para 2008 el Ejecutivo Federal propuso una nueva contribución denominada Impuesto Empresarial a Tasa Única cuya justificación de desobediencia al *no hacer* de los derechos individuales (patrimonio) es la necesidad de cumplir con la obligación de *hacer* de los derechos sociales (educación, salud, entre otros), a lo cual la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión favoreció diciendo:

Las contribuciones, son instrumentos necesarios dentro de cualquier Estado para el sufragio de las necesidades de la población, tales como salud, seguridad, educación, infraestructura, etc., de ahí que el artículo 31, fracción IV establezca que las contribuciones deben tener como finalidad cubrir el gasto público.

Sin embargo, las contribuciones no siempre se establecen con dicha finalidad recaudadora, pues el Estado, de acuerdo con su mandato constitucional establecido en el artículo 25 constitucional, tiene la obligación de procurar "una más justa distribución del ingreso y la riqueza"; luego entonces, bajo esta facultad se pueden establecer contribuciones con fines extrafiscales tendientes a lograr la redistribución del ingreso y la riqueza.

Ahora bien, la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única es una contribución que si bien tiene una finalidad recaudatoria, también la podemos encuadrar dentro de ésta clasificación, puesto que su finalidad se deriva de la necesidad de ir substituyendo los ingresos petroleros, pues los mismos tienden a la baja y esto puede colapsar las finanzas del país si no se atiende inmediatamente.

Además, con esta contribución se pretenden fortalecer el actual sistema tributario, mediante la nulificación de las distorsiones legales que actualmente se dan en la Ley del Impuesto sobre la Renta, es decir, el impuesto empresarial a tasa única se da como una solución para eliminar los regímenes preferenciales, así como para buscar desalentar las planeaciones fiscales que busquen eludir el pago del dicho tributo.

Dicho de otra manera, hoy en día existe una necesidad impostergable de disminuir la dependencia que se tiene de los ingresos petroleros, lo cual se logrará en gran medida mediante el fortalecimiento del sistema tributario, por lo que esta Dictaminadora coincide con lo señalado, sobre el particular, en la exposición de motivos de la Iniciativa que se dictamina.

En donde aparentemente entran en colisión dos garantías, cuya solución surge con la ponderación de Robert Alexy:

Cuando dos principios entran en colisión... uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los dos principios precede al otro. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.⁸⁶

Hasta aquí podría decirse que el impuesto es correcto si lo vemos como acto del habla o argumentos de principios. Pero la perlocución nos da la verdadera visión teleológica del nuevo gravamen –expresamente contenida en el dictamen de la Cámara de Diputados- y que es el Impuesto Sobre la Renta rebasado por la dinámica social, lo cual confirma que no es una colisión de garantías sino la ineficacia de las autoridades en su tarea fiscalizadora la

⁸⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002, p. 288.

⁸⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 70-71.

que sacrifica los derechos individuales. Se devela así un argumento de política que busca - como *éxito*- la legitimidad del impuesto en el marco impositivo nacional.

Lo anterior confirma que las garantías individuales y las garantías sociales no se refieren sólo al individuo y al grupo, sino también –y principalmente- a las conductas que correlativamente corresponden al Estado, quien indebidamente las utiliza para el logro de sus fines mediante actos teleológicos, para lo cual, a continuación se brindan más ejemplos

1.2.3. Disfuncionalidad de las garantías en la Constitución Mexicana

Las garantías son definidas por Luigi Ferrajoli -respecto a los derechos- como “las técnicas idóneas para asegurar (el máximo grado de) efectividad a las normas que los reconocen”⁸⁷, siendo el caso de las garantías constitucionales:

... su ubicación en el vértice del sistema de fuentes y la consiguiente *rigidez* asegurada a las normas constitucionales por dos instituciones conectadas entre sí: por un lado, su sustracción a las *formas* de producción establecidas para la legislación ordinaria y la creación, mediante normas de nivel superior, de procedimientos de revisión agravados..; y, por otro, el sometimiento de las leyes ordinarias al control jurisdiccional de legitimidad constitucional en virtud del cual, en caso de incoherencia de sus *contenidos* o significados con los de las normas constitucionales, no prevalecen las primeras sobre las segundas, merced al principio *lex posterior derogat priori*, sino que son inválidas y por tanto pueden ser anuladas según el principio *lex superior derogat inferiori*... La garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución reside, por consiguiente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y, al mismo tiempo, en el sometimiento a ellos del legislador.⁸⁸

Del comentario anterior, adminiculado con nuestro punto, podemos señalar que a partir de las garantías se busca perpetuar *a priori* el orden jurídico que genera equilibrio, tanto entre particulares como entre éstos y el Estado. Tema abordado por Aristóteles al hablar de justicia distributiva y correctiva, entendiendo a la primera como aquella de primer orden u ordinaria y la otra el segundo nivel de ésta o extraordinaria.

Tal división igualmente opera en los derechos fundamentales (derechos primarios - humanos y públicos- y derechos secundarios -civiles y políticos-) que retoma el garantismo para dar lugar a las garantías primarias y garantías secundarias.

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar *garantías primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.⁸⁹

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 105.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 113.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 43.

Sin embargo surge la duda de cómo operan tales garantías en México, esto es, si introducen elementos de justicia, constituyen verdaderos límites para el estado para efectividad de los derechos o por el contrario, son sugerencias de comportamiento ocultas por perlocución.

La respuesta se obtiene si observamos que las garantías establecen límites al Estado para evitar transgresión de derechos; no obstante, con cada límite va implícito un toque de sujeción al particular y uno de libertad al estado aún cuando éste no es titular de derechos. Aseveración que se confirma de la lectura de cada uno de los artículos que presuponen el cuidado de los derechos bajo “garantías” de los cuales analizamos dos ejemplos:

I. El artículo 8 Constitucional señala:

Artículo 8o. Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

Esto es, el derecho de petición debe cumplir los siguientes "requisitos de procedibilidad":

- i)* Constar por escrito;
- ii)* De forma pacífica; y
- iii)* Respetuosa.

Taxativamente queda claro qué se espera del particular al conducirse a la autoridad pues de no formular su petición en tal manera no trascenderá, es decir, si no se formula en la manera exigida -y no sugerida- la petición se ubicará en la universal exclusión, no existirá en el marco legal interno y no habrá obligación de respuesta. Pero constar por escrito, de manera pacífica y respetuosa ¿son verdaderos requisitos?

Dicho numeral no contiene un claro contrasentido para el Estado pues sólo menciona que la respuesta se realizará “en breve término”, lo cual deja un espacio abierto o indeterminado para que la autoridad dilate su respuesta o más aún, jamás darla con base a una “negativa ficta” en perjuicio de los particulares por tutela de la normas en blanco.

El derecho de petición se debilita y la indeterminación “breve término” confirma la universal inclusión. Deja en claro que la garantía contienen un “deber tácito” para el particular de cómo obrar frente a la autoridad, más no de ésta con aquél.

Las preguntas entonces serán: ¿por qué existe sujeción al escrito cuando ello dilata la respuesta? ¿Acaso la oralidad no es suficiente? ¿Será una comodidad más para el control del Estado que para constancia del particular? ¿Cuál es el plusvalor que exige elevar toda petición al escrito? ¿Qué sucede con aquella persona que no sabe leer y escribir? ¿Su falta de instrucción hará nulo su derecho? ¿Deberá recurrir a un escribiente? ¿Y si no puede pagarlo?

No se advierte razón alguna de dicho rigorismo, pese a ser llamado requisito, lo que constituye un obstáculo al derecho de petición pues al no formularse en la manera exigida no tendrá validez, e incurre en universal exclusión.

II. Igualmente, la Constitución establece la inviolabilidad del domicilio en el artículo 16:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.

Sin embargo, su párrafo décimo quinto establece visitas domiciliarias de las autoridades para corroborar el debido cumplimiento de las disposiciones fiscales, ante lo cual, la garantía se torna en deber tácito de permitir el acceso a las autoridades a su domicilio, en cuyo caso la visita deberá apegarse a las formalidades del cateo las cuales son:

- a) Orden de autoridad judicial
- b) Existencia de acta circunstanciada
- c) En presencia de testigos.

No obstante, la Ley secundaria permite que quien ordene la orden de visita sea una autoridad administrativa y no judicial con lo cual encontramos dos antinomias:

- i) Aún cuando el artículo 16 contiene una supuesta garantía, en verdad establece –por perlocución- una obligación (tácita) de permitir el acceso a las autoridades;
- ii) Ese caso de excepción de acceso al domicilio (que en realidad se convierte en condición cuando en la práctica dichas visitas se realizan una y otra vez) autoriza a la autoridad administrativa a ordenarla aún cuando ésta no es de carácter jurisdiccional.

Por lo que toda revisión además de proscribir las formalidades del cateo confirma vez a vez que la garantía sirve al Estado y no así al particular.

Con los ejemplos se observa que cada artículo Constitucional en verdad contiene deberes en lugar de garantías.⁹⁰ El particular pierde fuerza en sus derechos dando entrada al Estado de Poder en donde los derechos fundamentales, aún cuando teóricamente son perennes, están supeditados temporalmente con base al texto de Ley que robustece el Estado de Poder que discurre a través de los siguientes niveles de lenguaje escrito:

- i) locución (las palabras usadas, nivel semántico);
- ii) ilocución (la intención/sentido textual, nivel sintáctico);
- iii) interlocución o intertextual (el sentido relacionado con otras normas, es decir, contextual); y
- iv) perlocución (el sentido/efecto que se causa/arroja/obtiene del texto pues es la intención oculta).

⁹⁰ Por lo que Neale Donald Walsh ha dicho que en el intento de garantizar a las personas la oportunidad de respirar, deben tener cuidado de que las leyes no los sofoquen.

Por lo que, verbigracia, si digo “*hace frío*” no necesito decir “*no hace calor*” pues ello se advierte por perlocución.

Pero existen lineamientos para que el Estado elabore sus leyes y son los principios, los cuales, atendiendo a los diversos *deber ser* antes expuestos pueden ser:

- i) Principios *del Derecho* o ético-políticos;
- ii) Principios *de Derecho* o genéricamente jurídicos (*principia iuris*); y
- iii) Principios *en el Derecho* o constitucionales (*principia in iure*).

De los cuales nuestra Carta Magna arroga los segundos y los terceros.

1.2.5. Principios como límite positivo de los derechos

1.2.5.1. Principios Generales de Derecho, *principia iuris*

Un sistema legal no descansa en Leyes, pues éstas sólo son continuidad del control inicial, por ello, todo sistema jurídico debe descansar en principios.

Las instituciones,... y no las normas, son las verdaderas unidades elementales de la vida jurídica. Así como la materia adopta una estructura molecular, que es un pequeño sistema organizado, o la vida se ordena sobre células, así el derecho se presenta bajo una estructura institucional. Una institución es un régimen orgánico de un tipo de relación social determinada: el contrato (o un contrato determinado), el matrimonio, la sucesión testada;... el dominio público (o alguna de sus clases), entre otras muchas son instituciones; hagamos la reserva de que no hay en absoluto un catálogo cerrado de instituciones,... Pues bien, cada institución está construida sobre uno o varios principios generales del Derecho propios y específicos, sin perjuicio de que puedan afectarla otros de radio más amplio... son *iustitia normans* más que *ius normatum*.⁹¹

Estos criterios no son más que los principios generales del ordenamiento, es decir, principios políticos expresamente enunciados en las constituciones y en las leyes o implícitos en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal. Algunos de ellos son los mismos que presiden el ejercicio del poder de verificación, es decir, las decisiones sobre la verdad procesal con las que se resuelven las incertidumbres creadas por los defectos de denotación de los supuestos típicos legales.⁹²

La realidad seleccionada debe ceder frente a los principios generales de Derecho cuando la *nomostática* es ajena a la realidad presente. Esto es, existe una *realidad ideal* y una *realidad real* (valga la redundancia). La primera son sólo selecciones de un sujeto y la segunda la facticidad de la dinámica social, por lo que al comparar ambas realidades obtenemos un déficit difícil de resolver lo cual –teóricamente- se logra con estos principios:

⁹¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pp. 83-84.

⁹² Ferrajoli, Luigi., *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 173.

Principios, atendiendo a su sentido ontológico -no lógico- son “soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello presenta todo su sentido.”⁹³

Generales, “porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares, que pudieran expresar la exigencia de una supuesta <<justicia del caso concreto>> y mucho menos con opiniones subjetivas del intérprete;”⁹⁴

Del Derecho, porque se trata de “fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales, o, menos aun, las famosas buenas intenciones o vagas imprecisas directivas.”⁹⁵

Podemos pensar -por analogía- en un seno familiar, el cual no descansa en las horas que los padres establecen a los hijos para llegar a la casa, así como tampoco en la hora acordada para la comida o las tareas asignadas a cada miembro pues si bien su funcionamiento y orden parte de éstos, lo cierto es que un seno familiar descansa en la confianza, ayuda mutua, apoyo, cuidado recíproco y otros elementos tácitos pero evidentes, cuya ausencia conlleva a la desintegración familiar.

Asimismo, imaginemos una hoja de papel que debe ser colocada en la pared. Para ello se requiere de cuatro soportes como tachuelas, tela adhesiva u otro similar que sujeten sus cuatro extremos. El contenido de la hoja es intrascendente pues sólo es tinta y su peso será inadvertido si los soportes son suficientes para aguantar la carga. Así, las cuatro tachuelas son los principios generales de Derecho en los que descansa la legislación y la tinta son las Leyes escritas al margen de la Constitución que es la hoja de papel.

Por tanto, el número de leyes secundarias puede ser inadvertido si los principios son fuertes. Sin embargo, si son endebles, lógica es la recurrente inclusión de leyes que desdeñan tácita o perlocutivamente los derechos ocasionando el derrumbe de la hoja (sistema jurídico) en exigencia de una nueva forma eficaz a la realidad en que es vigente.

Sin embargo, dicha aseveración es defraudada en México pues la fracción IV del artículo 31 Constitucional habla de una obligación contributiva para el gasto público sin que dicho término sea definido⁹⁶; no obstante, el particular, pese a tal indeterminación, la obedece partiendo de la buena fe.

⁹³ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* T. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 83.

⁹⁴ *idem*.

⁹⁵ *idem*.

⁹⁶ Situación contraria a lo expuesto por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica pues señala en el primer párrafo de la sección 8 del artículo I, que la imposición de contribuciones es para pagar las deudas y proveer la defensa común así como el beneficio general de los Estados Unidos.

Contrariamente el Estado no actúa con buena fe hacia el particular pues la norma le permite acciones ajenas a ésta, verbigracia, presumir la existencia de ingresos omitidos o considerar enajenación al faltante de inventarios⁹⁷, rompiendo así la buena fe.

...no hay mayor incentivo para el contrabando que los altos derechos que al ser eludidos prometen altas ganancias al defraudador, por lo cual se requiere evitar toda ley que ofrezca primero la tentación de infringirla y que imponga el castigo al que se deja vencer por ella;...⁹⁸

Habilitando igualmente a las autoridades el uso de la negativa ficta -pese a la obligación de respuesta expresa del artículo 8 constitucional- y facultades discrecionales propiciando que estos principios pierdan fuerza y son remplazados por facultades y atribuciones de autoridades, quienes al aplicar la Ley robustecen el estado de poder.

Se advierte nuevamente el riesgo de contingencia ya que aún cuando la constitución prevé la utilidad de dichos principios (artículo 14), lo cierto es que su aplicación es nula y corrobora la *indeterminación* simple proveniente de la selección inicial de la realidad. En consecuencia, los derechos se ahogan en texto de Ley sin posibilidad de ser recuperados por los principios generales de Derecho pues el sistema jamás permitirá su aplicación por dar pauta a la universal exclusión.

1.2.5.2. Principios en el Derecho o Constitucionales, *principia in iure*

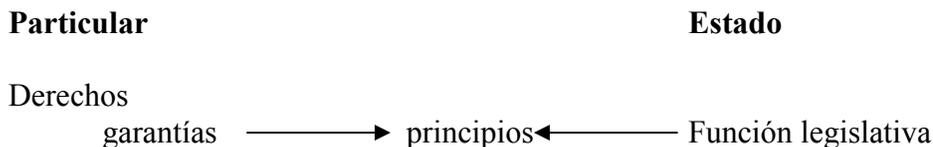
Los principios expresamente referidos por la Constitución se desarrollan en su propio texto y se trata de principios *en el Derecho*. No se trata de Principios *del Derecho* o ético-políticos (*principia iuris*) ni de Principios *de Derecho* o genéricamente jurídicos, sino Principios *en el Derecho* o constitucionales (*principia in iure*) lo cual nuestro legislador constitucional consideró desde un inicio como estandarte a seguir por el legislador común al crear/modificar normas atendiendo a que la tributación es restrictiva del patrimonio, el cual constituye uno de los derechos de las personas que discurre del ejercicio de los derechos fundamentales.

Bajo dicho contexto, en tanto los derechos fundamentales son normas *téticas* de *indisponibilidad activa* y *pasiva* (respecto de particulares así como del Estado), los derechos patrimoniales constituyen normas *hipotéticas* de *disponibilidad activa* (mediante actos entre particulares) y sólo por excepción -respecto al Estado- de *disponibilidad pasiva* (a través de la voluntad legislativa, previa elección popular de sus integrantes) siempre que la contribución creada sea proporcional y equitativa entendiendo como tal la posibilidad de pago público de los particulares dentro de un mismo estamento factual y económico, es decir, la capacidad contributiva de los sujetos pasivos que se exterioriza por circunstancias o situaciones objetivantes que determinan las valoraciones legislativas con las que se genera el deber tributario, de tal suerte que el excedente de riqueza de los particulares sea real y adecuado a la alícuota establecida por Ley para su contribución al gasto público.

⁹⁷ Artículos 59 fracción III, del CFF, y artículo 8 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

⁹⁸ Smith, Adam., *La Riqueza de las naciones*, México, Ed. Publicaciones Cruz O., S.A. de C.V., 2002, p. 411.

Los principios obtienen fuerza a partir de su inclusión en la Constitución cuya ubicación se puede esquematizar de la siguiente manera:



Los principios junto a las garantías determinan la función legislativa. Ambos son guía para la creación de leyes/tratados -como límite a tal función-. Los principios son inmanentes al Estado y las garantías –individuales o sociales- inmanentes al particular.

un principio establece valorativamente una determinada situación que el orden jurídico debe alcanzar, impone a éste un *ethos* que debe satisfacer, lo que vuelve relevante en prácticamente cualquier situación y no sólo puede prescribir una determinada acción al sujeto cuya conducta regule, sino podría indicarle una amplia gama dentro de la cual pueda actuar para satisfacerlo.⁹⁹

Los principios que importan a la presente investigación son los que discurren del artículo 31, fracción IV Constitucional:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:...

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Esto es, el principio de proporcionalidad, de equidad, de legalidad destino de las contribuciones los cuales indebidamente son entendidos por la mayoría de legisladores y jueces, por lo que a continuación hablamos de cada uno de ellos y exponemos nuestra posición sobre lo que éstos implican, lo cual es nuestra aportación sobre este rubro.

1.2.5.2.1. Principio de Proporcionalidad

Este principio se obtiene de un perfecto equilibrio entre la capacidad económica y los elementos indispensables para obtenerla -toda vez que sin la existencia de éstos últimos, la primera es imposible de producirse- lo que en conjunto da como resultado a la Capacidad Contributiva que se representa como la suma de la capacidad económica menos los esfuerzos indispensables/necesarios para obtenerla, por lo que es posible concluir hasta este punto que la capacidad contributiva es el objeto de la Proporcionalidad.

La tributación exige dos elementos: elección del objeto imponible (puesto que las contribuciones no se abocan a la persona sino al atributo de la persona llamado patrimonio y que se particulariza con uno u otro elemento de éste) y establecimiento del tipo impositivo (es decir, la letra de la Ley que le da vida), por lo cual, la proporcionalidad se desarrolla en dos dimensiones: elección e imposición:

⁹⁹ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 27.

1.2.5.2.1.1. La Proporcionalidad en la elección:

Para establecer una contribución previamente debe elegirse es el objeto que será gravado, lo cual es potestad del Congreso de la Unión (artículo 73 fracción VII Constitucional)¹⁰⁰. Pero la elección no es algo sencillo pues deben respetarse tres criterios o subprincipios:

- *Idoneidad o adecuación:* “este subprincipio se desarrolla en dos vertientes para determinar la licitud de una intervención en un derecho fundamental: 1) aquella medida legislativa debe tener un fin legítimo; y 2) debe ser objetivamente idóneo o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural.”¹⁰¹
- *Necesidad o indispensabilidad:* “Este subprincipio dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea *estrictamente indispensable* para satisfacer el fin que a aquéllos intenta oponer, porque: 1) es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afecten el derecho intervenido en una medida mayor.”¹⁰²
- *Proporcionalidad en sentido estricto:* se refiere a la colisión de principios y ponderación de Robert Alexy, previamente comentada al hablar de derechos sociales. “Este subprincipio supone una valoración entre un derecho fundamental o un principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquéllos.”¹⁰³

1.2.5.2.1.2. La Proporcionalidad en la imposición

Una vez elegido el objeto imponible, corresponde al legislador elaborar el tipo impositivo, es decir, el texto de Ley, en donde la proporcionalidad, como principio *en el Derecho Mexicano*, exige del legislador el establecimiento normativo de dos elementos:

- i) *Elementos impositivos:* que por tenor expreso del propio artículo 5 del Código Fiscal de la Federación son: sujeto, objeto, base, tasa o tarifa; y
- ii) *Elementos neutralizadores:* llamados “excepciones” por el artículo 5 del ordenamiento referido, los cuales pueden ser:

¹⁰⁰ CONTRIBUCIONES PARA CUBRIR EL PRESUPUESTO. FACULTAD DEL CONGRESO PARA DECRETARLAS. La amplísima facultad de que goza el Congreso de la Unión para decretar las contribuciones que sean necesarias para cubrir el presupuesto está, lógicamente, limitada por la condición de que las contribuciones que se establezcan han de sujetarse a las normas constitucionales.

¹⁰¹ Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰² *Ibidem*, p. 45.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 48.

- Totales cuando eliminan completamente el efecto impositivo de la contribución y por lo tanto, la obligación sustancial es nula (lo que se traduce en exenciones, no incidencias e inmunidad tributaria); o
- Parciales cuando neutralizan parcialmente la carga tributaria, haciéndola proporcional con los esfuerzos para obtener la riqueza gravable (lo que se traduce –principalmente- en deducciones, objetos no computables, exclusiones, entre otros).

Veamos entonces: Tenemos una hipótesis legal condicionante tributaria (hecho imponible). Pero no está sola. *Está escoltada por una hipótesis legal neutralizante tributaria.*

La consecuencia de la realización de la primera es el precepto de pagar el exacto monto tributario que la ley ordena.

La consecuencia de la segunda es impedir (total o parcialmente) que la realización de la primera se traduzca en el originario precepto.

En otras palabras y utilizando didácticamente un idioma metafórico: la *hipótesis legal neutralizante tributaria* es el *enemiga* del hecho imponible. Su misión es la de *destruir* en forma total o parcial la consecuencia habitual de la realización del hecho imponible.¹⁰⁴

A su vez, los elementos neutralizadores parciales se dividen en:

- ✓ *Indispensables*: aquellas erogaciones que *logran* el objeto social –para persona moral- o actividad preponderante –para personas físicas-; y
- ✓ *Necesarias*: aquellas erogaciones que *mantienen* el objeto social o actividad preponderante.

Por ejemplo, pensemos en la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Contiene deducciones estrictamente *indispensables* (e.g. el pago de nómina pues sin este no se logra el objeto social o actividad preponderante) o *necesarias* (e.g. la previsión social).

Con el pago de nómina se *logra* el objeto social o actividad preponderante que bien puede ser la fabricación de productos para su venta y con la previsión social se *mantiene* en nómina a los empleados –si se les considera especializados, de alta confianza, de antigüedad, entre otros- pues representan un beneficio para ellos.

Por ello, determinadas contribuciones hacen alusión siempre a la Ley del Impuesto Sobre la Renta para la procedibilidad de los elementos neutralizadores (e.g. el Impuesto al Valor Agregado acreditable lo es sólo si a su vez el concepto es deducible para el Impuesto Sobre la Renta, independientemente del momento en que uno y otro se aplique pues cada tipo impositivo es distinto).

Lo antes dicho puede representarse con el siguiente axioma:

¹⁰⁴ Villegas, Héctor, B., *op. cit.*, p. 289.

$$P = (EI - EN) CC$$

En donde:

P = Proporcionalidad

EI = Elementos impositivos que demuestran riqueza

EN = elementos neutralizadores

CC = Capacidad Contributiva

Obtenemos así que los elementos neutralizadores son igualmente indispensables a los impositivos dentro de una contribución a fin de evitar que se torne ruinoso. Esto es así ya que la creación de un hecho imponible arroja sólo legalidad formal (es decir, la existencia de un texto normativo), más no legalidad sustancial (en la que se encuentra el respeto a los principios tributarios), la cual se obtiene sólo si se establecen debidamente los elementos impositivos y neutralizadores sin desdeñar alguno de ellos en virtud de que todos son parte del mismo objeto factual retomado por la norma para su regulación tributaria.

Dicho en otras palabras, debe existir igual número de sanciones positivas y sanciones negativas que equilibren la fuerza de la tributación en el haber patrimonial.

Robustece el reconocimiento de ambos elementos (impositivos y neutralizadores) el primer párrafo del artículo 5 del Código Fiscal de la Federación, al decir:

Artículo 5o.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

Esto es, la norma se aplica de forma estricta en tres casos:

- i)* Cargas (sujeto objeto, base, tasa –fija- o tarifa –progresiva-);
- ii)* excepciones; y
- iii)* sanciones e infracciones.

No obstante, el Código Fiscal de la Federación sólo define cuándo se considera que existen cargas más no cuándo existen excepciones, quizá por conveniencia, quizá porque supone que ya se saben.

De lo que se concluye que los elementos impositivos son las obligaciones (cargas: sujeto objeto, base, tasa o tarifa) y los elementos neutralizadores son los derechos (excepciones) en virtud de que el Estado y el particular se unen en una relación (llamada jurídico-tributaria) la cual, a diferencia de las relaciones entre particulares, nace sin la voluntad individual del particular (como una de las partes inmersa en ella) por lo que es deber exclusivo del Estado establecer los elementos impositivos (obligaciones) y neutralizadores (derechos) inherentes a toda relación jurídica.

Y si bien el legislador cuenta con potestad tributaria -que implica gravar cualquier elemento que considere adecuado para obtener recursos que cubran el gasto público- no menos cierto es que al hacerlo debe arrogar en la norma creada todos los elementos immanentes al objeto

gravado, es decir, todo aquello que le rodea pues su existencia no se da sino con la administraci3n de aquellos pues as3 se presenta en el mundo f3ctico del cual se extrae para su normaci3n, lo que en cierta forma Robert Alexy dice de la siguiente forma:

... el legislador goza verdaderamente de un extenso margen de decisi3n por lo que se refiere a la selecci3n del objeto imponible y la determinaci3n de los tipos impositivos, pero una vez determinados el objeto imponible y el tipo impositivo, la decisi3n tomada deber3a orientarse consecuente y l3gicamente hacia la igualdad de la carga tributaria.¹⁰⁵

Adem3s que el elemento elegido no es creaci3n legislativa pues ya existe por lo que s3lo es subsumido a ley, dado lo cual, debe pasar a la norma como es –sin m3s ni menos- es decir, la Ley tributaria no lo crea, s3lo lo reconoce para su fin.

Efectivamente, una contribuci3n descansa –esquem3ticamente- en los siguientes elementos:

CONTRIBUCI3N	
Elementos impositivos	Elementos neutralizadores
Sujeto	Exenciones
Objeto	No incidencias
Base	Deducciones
Tasa o tarifa	Acreditamientos

Por lo que la eliminaci3n de uno de ellos, conlleva a que el impuesto –inevitablemente- se torne en ruinoso, siendo ello ajeno al principio de proporcionalidad, ya que bajo dicho contexto, el contribuyente ser3 titular solamente de obligaciones m3s no de derechos.

1.2.5.2.2. Principio de Equidad

Dicho principio se refiere a la igualdad (formal y sustancial) que debe existir en materia fiscal para los sujetos de tributaci3n atinente a obtener equilibrio y uniformidad entre los diversos contribuyentes, lo que conlleva a una armon3a impositiva.

Lo anterior es as3 pues no debe existir un trato preferente a unas personas en detrimento de otras. Para cumplir 3ste principio debe atenderse a las diferencias reales de los contribuyentes, es decir que a3n cuando todos los mexicanos tienen la misma posici3n frente a la Ley, ello s3lo es *igualdad formal o pol3tica*; no obstante, la equidad tributaria busca la *igualdad sustancial o social*, esto es, el reconocimiento (y no creaci3n) de diferencias reales advertidas dependiendo del fin buscado.

En efecto, dichas diferencias producen desigualdad (o igualdad social/sustancial) inmanente a deberes, en tanto la igualdad formal/pol3tica es inmanente a derechos.

Valor primario de la persona y consiguiente principio de tolerancia son, a mi juicio, los elementos constitutivos del moderno principio de igualdad jur3dica: un principio complejo, que incluye las diferencias personas y excluye las diferencias sociales... En este sentido,

¹⁰⁵ Ferrajoli, Luigi, *et al*, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 42-43.

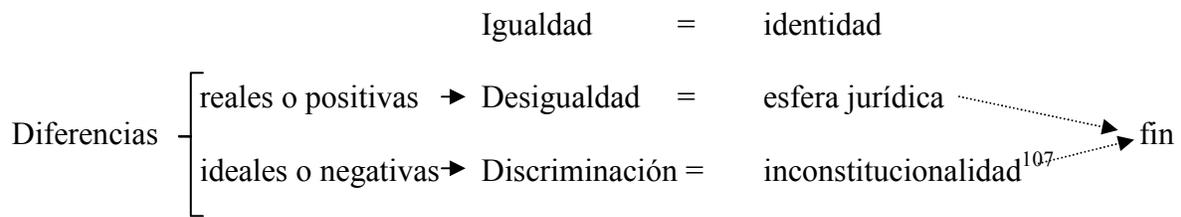
igualdad y diferencias no sólo no son antinómicas sino que se implican recíprocamente. El valor de la igualdad, según esta primera acepción, consiste precisamente en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de *cada persona un individuo diferente de los demás* y de *cada individuo una persona como todas las demás...* En un segundo sentido, por el contrario, la igualdad radica en el desvalor asociado a otro género de diferencias: a todas aquellas <<de orden económico y social>> de las que provienen,... los <<obstáculos que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana>>. En este segundo sentido las diferencias, en lugar de ser rasgos de las diversas identidades de las personas, se convierten en *privilegios* o *discriminaciones* sociales que deforman la identidad y determinan la desigualdad de aquéllas, perjudicando al mismo tiempo su igual valor. Por eso, conforme al propio principio de igualdad, son *intolerables* más allá de ciertos límites... Llamaré *igualdad formal* o *política* a la primera forma de igualdad, e *igualdad sustancial* o *social* a la segunda.¹⁰⁶

Así, la equidad surge por reconocimiento positivo de diferencias y produce desigualdad jurídica (o igualdad social/sustancial) basada en razones justificadas por la diversidad de derechos patrimoniales y posiciones de sujeción, lo que no acontece con las discriminaciones las cuales se basan en distinciones o diferencias negativas –en obviedad ajurídicas- que obstaculizan el orden social pues en tanto la igualdad formal genera *identidad jurídica*, la desigualdad –permitida constitucionalmente por equidad tributaria- produce *esferas jurídicas* y la proscripción a ambas (igualdades y desigualdades) se da con la discriminación (crasa cognición de diferencias o diferencias negativas). Dicho en otras palabras, tenemos la siguiente conclusión:

- a) La igualdad formal o política: tutelada por nuestra Carta Magna, en materia tributaria implica que todos los contribuyentes son igualmente titulares de los derechos que dicha materia arroja, es decir, los elementos neutralizadores, a saber: exenciones, no incidencias, deducciones y cualquier otro elemento que neutraliza la carga impositiva y que por ser un derecho igual a todos los sujetos del gravamen de que se trate;
- b) Las desigualdades o igualdad sustancial/social: surge sólo para efectos de imposición, es decir, para los elementos impositivos como son –por tenor del artículo 5 del Código Fiscal de la Federación-: el sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, los cuales sí pueden ser distintos para un nivel de contribuyentes y para otro en virtud de ser desigualdades basadas en distinciones positivas;
- c) La discriminación: es establecer diferencias negativas (u omitir diferencias reales) pues son sólo ideas que atañen el reconocimiento de la facticidad social en la regulación normativa.

Así las cosas, el legislador debe cuidar y justificar plenamente la selección de diferencias (obvio, positivas) para evitar incurrir en diferencias negativas que arrojen una discriminación, pues lo único permitido son las primeras ya que con ellas se genera una verdadera esfera jurídica, lo cual puede esquematizarse de la siguiente manera:

¹⁰⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 906-907.



El fin buscado por la norma determinará la legalidad/ilegalidad de dichas diferencias. Por ejemplo, la no concesión del voto a la gente de color en los EUA fue producto de diferencias ideales pues para el fin buscado (el voto) el color fue sólo una idea más no una diferencia real; situación contraria que acontece en materia laboral, en donde los menores de edad tienen capacidades físicas e intelectuales distintas a las de un adulto, razón por la cual su jornada de trabajo es menor, atendiendo a diferencias reales y no ideales.

Las diferencias naturales, reales o positivas constituyen la desigualdad en tanto que las diferencias artificiosas, irreales o ideales conducen a la discriminación. Allende la equidad puede ser subjetiva (si versa sobre personas) u objetiva (si versa sobre bienes, objetos o conceptos).

1.2.5.2.3. Principio de Legalidad

Se refiere al Principio de Legalidad (y no garantía) que debe prevalecer en toda norma tributaria que se emita en nuestro país, pues en tanto la garantía de legalidad se sustantiva con el primer párrafo del artículo 16 Constitucional:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.

Por su parte, el Principio de Legalidad, discurre en dos sentidos:

a) Legalidad formal: más allá de que la norma se encuentre escrita (pues sería totalmente inconcebible que se impusiera una contribución sin el instrumento idóneo para ello), ésta debe evitar incurrir en ambigüedades y vaguedades.

Esto es, entendiendo a la legislación como un proceso de comunicación, debe ser suficientemente clara y evitar que existan palabras que puedan interpretarse en una o varios formas y que las palabras que la componen no generen incertidumbre por indeterminación del campo de aplicación de la Ley (ya sea indeterminación jurídica o conceptos jurídicos indeterminados).

¹⁰⁷ Allende lo antes expuesto, las diferencias discurren de representaciones y las desigualdades de elementos intrínsecos. Por ejemplo, una pintura original y una litografía arrojan diferencias, pese al esfuerzo de obtener su similitud; no obstante, la mujer y el hombre no son diferentes sino desiguales, aún físicamente, razón por la cual, la idea de matrimonio descansa sobre el complemento pues en nada favorece la unión de dos iguales.

b) Legalidad sustancial: desde esta perspectiva, significa legislar respetando los criterios de forma y de contenido establecidos por el propio ordenamiento jurídico y procurando que la nueva ley se integre armónicamente en el mismo.

Esa exigencia de sistematicidad se incardina tanto desde un punto de vista interno (considerando únicamente a la ley en cuestión) como externo (considerando también el resto de las leyes, es decir, el contexto en el cual se desenvuelve) a fin de evitar lagunas (a lo interno) o antinomias (a lo externo), es decir, contradicciones con las normas que interactúa.

En efecto, el postulado del positivismo jurídico es el *principio de legalidad formal*, o, si se quiere, *de mera legalidad*, como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes. Conforme a él, una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción... El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna de paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad* (o *de legalidad sustancial*). O sea, como el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.¹⁰⁸

1.2.5.2.4. Principio de Destino de las contribuciones

Se refiere al fin de la norma, el cual descansa en razones formales y sustanciales. Pero previo a ingresar a la finalidad de la norma fiscal debemos entender qué tipos de leyes fiscales existen, qué tipos de normas surgen y que tipos de fines hay.

En efecto, en el ámbito fiscal, existen tres tipos de leyes, a saber:

- *Leyes Presupuestales*: aquellas que contiene una estimación de las cantidades que por contribuciones cobrará el Estado (ingresos) y la forma en que serán utilizados (egresos), *i.e.* Ley de Ingresos de la Federación y Presupuesto de Egresos, cuya periodicidad es anual;
- *Leyes Generales*: aquellas que contienen generalidades, derechos y obligaciones de los contribuyentes, facultades y obligaciones de las autoridades y los medios de defensa, *i.e.* Código Fiscal de la Federación, Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y Ley Aduanera; y
- *Leyes Especiales*: aquellas que contienen los elementos -impositivos y neutralizadores- de cada contribución, *i.e.* Ley del Impuesto al Valor Agregado, Ley del Impuesto Sobre la Renta, Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, Ley del Impuesto

¹⁰⁸ Ferrajoli, Luigi., *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 66.

Empresarial a Tasa Única, Ley del Impuesto Sobre Autos Nuevos, Ley del Impuesto Sobre Tenencia o Uso de Vehículos. cuya vigencia es igualmente indeterminada¹⁰⁹.

A su vez, existen normas de acción y normas de fines, como Cruz Parceró lo hace notar:

La otra distinción importante es entre las acciones y los fines que son prescritos por las reglas o los principios. Siguiendo a González Lagier introduciré de manera breve algunas distinciones importantes respecto a la acción. Realizar una acción consistente muchas veces en realizar otras acciones que producen la primera... Podemos llamar a este tipo de acción una <<acción compleja>>...¹¹⁰

Finalmente, existen fines determinados e indeterminados en la concepción de dicho autor:

Llamo un fin determinado a aquel que establece una medida –un porcentaje de algo, por ejemplo-, o cuya meta es alcanzable, aunque sea difícil y se tenga que alcanzar de forma gradual... Llamo un fin indeterminado a aquel que sólo puede cumplirse de manera aproximada, que aparecerá siempre como un ideal regulativo...¹¹¹

Sobre este punto discrepamos con el autor citado pues el fin de una norma siempre será conocido sólo que éste puede realizarse o no después de su aplicación, por lo que utilizaremos –ya que así consideramos que es mejor dicho- *fines determinados* y *fines determinables*,¹¹² cuya diferencia en nuestra opinión radica en que con los primeros el fin a colmar ya existe (verbigracia, un impuesto para cubrir la deuda pública, en el entendido de que ésta ya existe), en tanto que para los segundos el fin esta por existir (verbigracia, lograr el crecimiento de la economía, crear nuevos empleos). Coincidiendo con el autor en cita que en tanto los fines determinados (determinables para él) incardinan al legislador una discrecionalidad técnica, los fines determinables (indeterminables para él) incardinar al legislar una discrecionalidad política.¹¹³

Las normas con fin determinado pueden lograrlo al cien por ciento o de forma gradual - como lo dice el autor citado- pues esa es la esencia de los principios, considerados por Robert Alexy como *mandatos de optimización*.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor mediada posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la mediada debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.¹¹⁴

¹⁰⁹ Leyes que también son divididas como por Andrés Serra Rojas como: *i)* Ley fiscal básica anual; *ii)* Leyes fiscales permanentes u ordinarias, sujetas a reformas; y *iii)* Leyes fiscales extraordinarias. Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo* t I, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 50 y ss.

¹¹⁰ Cruz Parceró, *op. cit.*, pp. 82-83.

¹¹¹ *idem*, pp. 94-95.

¹¹² Referencia que incluso arroga –como requisito de validez del acto administrativo- la fracción II del artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, con la diferencia de que la Ley habla del acto, en tanto que, para el punto comentado, el fin hace a la Ley.

¹¹³ Análogo a los argumentos de principios y de política de Ronald Dworkin que se comentará *infra*.

¹¹⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 67-68.

Bajo dicha temática será decisión del legislador mantener la norma o elegir una nueva en donde la insatisfacción estatal debe surgir por porcentaje de efectividad y no por eficacia, lo que sí ocurrirá con los fines determinables pues éstos pueden llevar –incluso- al cero por ciento de satisfacción y eficacia y por tanto, a la ineficiencia de la ley.

Concluimos hasta este punto que las normas a que se refiere el artículo 31, fracción IV Constitucional son leyes especiales y de fin-determinable, pues las normas de acción son las generales (ya que, verbigracia, las facultades de comprobación contenidas en el CFF son sólo un medio para arribar al fin, esto es, a la recaudación, la cual se pretende lograr con cada contribución).

Concluida la referencia anterior, arribamos al principio de destino de las contribuciones, el cual se divide en dos tipos de razones:

- a) Razones formales: que en síntesis se refiere a que las contribuciones se encuentran destinadas a cubrir el gasto público, lo cual es plenamente superficial, pues debe complementarse con las:
- b) Razones sustanciales: esto es, el gasto público con un fin determinable, definido con discrecionalidad política, el cual puede ser:
 - i) *Fiscal*: encaminado a la simple recaudación para el gasto público que va al erario federal y su ulterior distribución entre los diferentes órganos de gobierno;
 - ii) *Parafiscal*: encaminado a un órgano determinado que recaudará contribuciones para sí mismo y para satisfacer las actividades que realiza (verbigracia, el Instituto Mexicano del Seguro Social); o
 - iii) *Extrafiscal*: encaminados a alentar o desalentar alguna practica de la dinámica social que se considera benéfica o dañina a la economía nacional (verbigracia, el Impuesto Empresarial a Tasa Única cuyo estudio se abordará en el cuarto capítulo)

No obstante, los principios son indebidamente entendidos y con ello se robustece el Estado de Poder, lo que a continuación se estudiará.

1.3. *Estado de Poder*

1.3.1. Prohibición, deberes y obligaciones según Víctor Abramovich y Christian Courtis

El poder del Estado recorre una larga trayectoria en la vida de los países, denominada de diversas formas dependiendo del ámbito en el que se desee hablar.

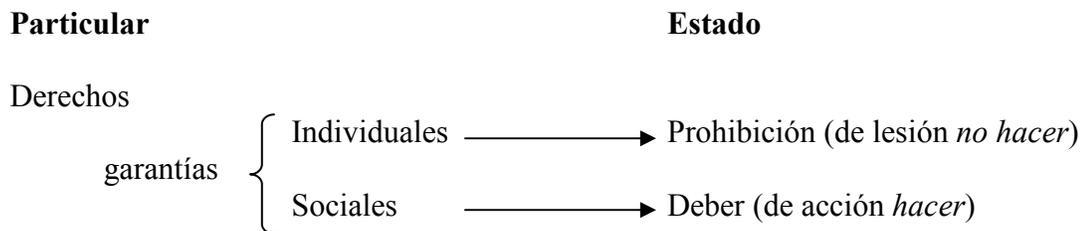
Según una lectura, el <<poder social>> se expresa en la capacidad que tienen de imponerse intereses superiores que pueden ser perseguidos de forma más o menos racional; el <<poder político>> puede concebirse entonces como una forma abstraída de poder social, articulada de

forma estable, que permite intervenciones sobre el <<poder administrativo>>, es decir, sobre los cargos organizados en términos de una jerarquía de competencias.¹¹⁵

Así las cosas, el poder que abordaremos en este punto será el Poder Político. El Estado, como detentor de poder, no cuenta con derechos ya que no es gobernado y obra sólo en virtud de los deberes del particular, lo que denota que sólo le son inherentes atribuciones y facultades correlativas a los derechos: una en sentido negativo de prohibición o lesión de los derechos individuales (*no hacer*), y otra en sentido positivo de deber o acción con base a expectativas de los derechos sociales (*hacer*).

De acuerdo con esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un *no hacer* por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a *hacer*, es decir, a brindar *prestaciones positivas*: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultura y artístico de la comunidad.¹¹⁶

Ante lo cual, obtenemos el siguiente esquema:



Bajo el entendido de que los derechos son tutelados por garantías, haciendo hincapié en que previamente se hablo de principios al mismo nivel que éstas para la formación de leyes.

En tanto las atribuciones y facultades el Estado¹¹⁷ nacen a partir de un deber del individuo/ciudadano, los derechos de éstos no se encuentran supeditados a otro elemento previo pues éstos nacen independientemente de sus deberes.

El Estado, como uno de los polos de la dualidad *gobernados-gobernantes* tiene a su cargo deberes y obligaciones cuyos primeros, taxativamente, deben constar en la Constitución, pero ¿cuáles son esos deberes?

¹¹⁵ Habermas, Jürgen., *Facticidad y Validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 365.

¹¹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 36, pp. 21-22.

¹¹⁷ Sin que de ello se infiera que los deberes del particular son para el Estado ya que, como se comento *supra*, los deberes son para con la misma sociedad de la cual el individuo forma parte; no obstante, el hecho de que el Estado cuente con atribuciones y facultades indebidamente ha sido entendido como titular de derechos y más aún, como destinatario de los deberes impuestos a los particulares a través del texto Constitucional; equivocaciones que tornan y pernean la ideología de poder, elevando los actos de las autoridades como absolutos y legales desde su emisión.

1.3.2. *Funcionalidad de deberes y obligaciones en la Constitución Mexicana*

1.3.2.1. Respetar y proteger

Nuestra Constitución mayormente advierte deberes a los particulares pero no así para el Estado. No obstante, éste cuenta en verdad con mayores deberes/obligaciones.

De acuerdo a la propuesta de van Hoof, por ejemplo, podría discernirse cuatro <<niveles>> de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.¹¹⁸

Hablando de obligaciones de *respetar* se establece que la autoridad, como ente del Estado, en todo momento debe actuar con legalidad, lo que constitucionalmente es la máxima garantía de nuestro país por prohibición deóntica del artículo 16:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.”

No obstante, es una garantía laxa o de papel invertida por lo siguiente:

El artículo 16 establece la obligación para toda autoridad de actuar bajo el límite *formal* de competencia (ya sea *in ratione materiae*, *in ratione temporis* e *in ratione loci*¹¹⁹) y *sustancial* de legalidad consistente en fundar y motivar su actuación.

Respecto al primero advertimos que la Suprema Corte se ha abocado repetidamente a hablar de lo que el *límite material* –competencia- es, al formular diversos argumentos de entre los cuales, uno de los más notables es el siguiente:

“Sin embargo, para comprender correctamente la norma constitucional anterior, debe responderse la siguiente pregunta: ¿Qué hay que entender por facultad exclusiva en la Constitución?

Para contestar la pregunta anterior, se deben distinguir varios conceptos que se confunden a veces indebidamente al analizar el tema. En efecto, hay que separar los conceptos de materia, facultad y competencia.

El último concepto mencionado es el que engloba a los dos primeros, ya que si entendemos por competencia, desde una perspectiva singularizada, la titularidad de una potestad o función pública sobre una materia por un determinado ente público, de ella derivan distintos

¹¹⁸ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 28-29.

¹¹⁹ En razón de materia, de tiempo y lugar, a lo que algunos autores adicionan la competencia *in ratione personae*, es decir, en razón del funcionario que ejerce las facultades respectivas.

elementos que la integran. Estos elementos son: a) el sujeto o titular, b) el objeto, y c) el contenido de la competencia.

El sujeto titular es el ente público que detenta la competencia. Ésta lleva ínsita la pertenencia a un determinado sujeto, de modo que no existen competencias sin estar relacionadas con un sujeto determinado.

La materia constituye el objeto de la norma jurídica de que se trate, es decir, la cuestión o asunto regulado. Además, la materia está en la base y sirve de apoyo para la construcción del concepto de competencia. Pero la materia no se identifica con la competencia, sino que es sólo uno de sus elementos integrantes. A pesar de ello, a veces se confunden ambos conceptos en el lenguaje jurídico corriente, aunque esto suele ser debido a que entonces se está atribuyendo toda la materia en bloque, es decir, todas las facultades sobre una materia, a un determinado ente público....

Con ello llegamos al tercer elemento del concepto competencia: el contenido. El contenido siempre está constituido por determinadas facultades o potestades que recaen sobre el objeto de la competencia, es decir, sobre la materia. El contenido de la competencia son siempre determinados poderes que sobre una materia detenta el titular de aquélla. Estos poderes o facultades tampoco se identifican por completo con la competencia, porque ya se ha señalado que éste es un concepto más amplio, que engloba a la materia, a los poderes o facultades sobre ésta y a la titularidad de aquéllos por un ente público.

Sin embargo, a veces se utilizan ambos términos competencia y facultad como sinónimos en el lenguaje jurídico corriente, y así se habla a veces de la competencia funcional de un ente, refiriéndose al conjunto de funciones que puede y debe desempeñar el titular. Dicha utilización no parece incorrecta, pero siempre que se tenga presente que la competencia presupone asimismo una materia sin la cual es inconcebible su existencia, y de ahí que junto a la competencia funcional citada se distinga también la competencia material, en cuanto ámbito de materias sobre la cual puede actuar el ente titular.

En conclusión, el concepto de competencia engloba a los otros dos, que a veces se utilizan como sinónimos –materia y facultad-, y los presupone en todo caso a ambos.”¹²⁰

Tal argumentación conduce más al enaltecimiento del poder que a una verdadera garantía individual pues justifica la competencia para obrar cuando en verdad debe seguir la inercia de *libertad negativa* que implica un *no hacer* para el Estado (artículo 16). Sin embargo interpretativamente funciona más para justificar las acciones Estatales que para abstenerlo de lesiones, es decir, la interpretación se forja más en la excepción que en la condición.

En efecto, el artículo 16 establece como condición la abstención de molestia al particular y sólo por excepción puede surgir un acto, el cual realizado debe justificarse en razón de tiempo, lugar y materia. Sin embargo, la referencia argumentativa de la Corte que se comenta justifica las excepciones, lo que en repetidas ocasiones y en diversos casos conduce a una ideología en la que el Estado puede actuar por condición y no por excepción, es decir, la excepción se torna en condición y viceversa.

Asimismo, la literalidad del artículo 16 respecto al límite *sustancial* conduce al indebido entendimiento de la norma sobre el hecho pues exige que sea la fundamentación el primer elemento y posteriormente la motivación en donde Fundamentar implica evocar el dispositivo de Ley y Motivar la facticidad resuelta con base a la Ley (razones del por qué dichos hechos merecen el supuesto de Ley previamente evocado).

¹²⁰ Sentencia al amparo en revisión 137/95.

Sin embargo, dicha funcionalidad desatiende la *libertad negativa* (libertad de) pues con ello toda autoridad evocará –al emitir actos de molestia, de gravamen, entre otros- como premisa mayor de su silogismo lógico-jurídico a la norma y como premisa menor al hecho, para arribar en su conclusión a que el hecho debe ajustarse a la norma y no ésta aplicarse al hecho, lo que resulta indebido pues la diferencia entre ambos es el siguiente:

Indebido (texto constitucional)			Debido (libertad negativa)		
<i>Fundar</i>	Premisa mayor	La norma	<i>Motivar</i>	Premisa mayor	El hecho
<i>Motivar</i>	Premisa menor	El hecho	<i>Fundar</i>	Premisa menor	La norma
	Conclusión	El hecho se ajusta a la norma		Conclusión	La norma se aplica al hecho

Con ello, la estructura del silogismo lógico-jurídico propuesto por nuestra Carta Magna pugna porque primeramente debe atenderse al texto de Ley para posteriormente atender a los hechos, arrojando un resabio a la verdad jurídica que pretende tutelar el artículo 16 -sin desdeñar las múltiples excepciones que se formulan en sus siguientes párrafos- denotando una indebida acepción jurisprudencial de lo que en verdad es fundamentar.

Quien entienda la fundamentación como el sostenimiento sobre razones, se verá obligado a fundamentar también las razones. El que tiene razones que sirven para fundamentar, necesita principios sólidos. El que fija principios, en última instancia tiene que remitirse al entorno del sistema en donde esos principios son reconocidos. Esto sobre todo es válido cuando los principios se complementan con la “moral”, la “ética” o la “razonabilidad”.¹²¹

Situación que igualmente acontece con la motivación.

... especialmente en el contexto del derecho moderno, en el que la obligación que se establece de *motivar* –justificar- las decisiones, no sólo contribuyen a hacerlas aceptables (y esto resulta especialmente relevante en sociedades pluralistas que consideran como fuente de legitimidad o de consenso cosas tales como la tradición o la autoridad), sino también a que el derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana.¹²²

El error conceptual ha sido adoptado a la dinámica diaria en nuestro país por imitación pues para que las autoridades pudieran emitir actos con legalidad debieran tener como inicio en su actuación a la motivación o apreciación de los hechos, y sólo así pasar a la fundamentación o aplicación de la norma ya que actuar de forma contraria, es decir, desde la norma, implica que los hechos se sujeten a la norma y no que ésta se aplique a ellos¹²³, despojando al particular de su libertad.

¹²¹ Luhmann, Niklas., *op. cit.*, pp. 410-411.

¹²² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 6-7.

¹²³ Pues las disposiciones impositivas deben abocarse a las consecuencias de los hechos y no anteponerse a ellos, siendo de concluir que la problemática textual es la atención al pasado para determinar efectos presentes pues la tergiversión del pasado conduce a una indebida aplicación de normas en el presente.

Pero si la autoridad es instruida para aplicar primero la norma en lugar de actuar desde la observación de los hechos obtenemos dos riesgos de distorsión de la realidad:

Para quienes interpretar es sinónimo de conocer o dar un cierto sentido a los hechos, el juez como resultado de su conocimiento de los mismos y de la información recibida, declara la verdad sobre el caso, para estas orientaciones la ley y las normas son hipótesis dogmáticamente propuestas, de suerte que estableciéndose los hechos, la aplicación de ésta o aquella norma, puede inclusive cumplirse mecánicamente.

Para quienes interpretar implica el problema de la comprensión de los hechos por parte del juez, imponen a éste la sabiduría de entender y sentir los hechos jurídicos y las motivaciones humanas, que no pueden captarse objetivamente y por lo cual no pueden verificarse. De ahí que cualquier decisión al respecto será siempre subjetiva y parcial.¹²⁴

Además de todas las excepciones y excluyentes de la generalidad que la supuesta garantía de legalidad otorga. Por lo que perlocutivamente genera espacios en blanco para actuación de las autoridades y hace de la prohibición de lesiones (*no hacer*) sólo texto programático en virtud de su falta de eficacia.

Lo anterior se advierte –incluso- dentro de la obligación de *proteger* pues el Estado incurre constantemente en lagunas al crear leyes restando exigibilidad a los derechos.

En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de dicho derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos, lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos y se presente a elecciones. El derecho a la información implica al menos el establecimiento de una regulación estatal, tendiente a asegurar el acceso a la información de origen diverso y la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencia con respecto a su inexistencia. Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición. Aún más, la sola creación de una norma permisiva o que faculte para celebrar un acto de creación o de incorporación a una institución... resultaría insuficiente para gozar plenamente de los derechos a los que se alude. El goce de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original... las <<acciones jurídicas institucionales>> no sólo son imposibilitadas cuando se deroga la norma que para ellas son constitutivas, sino también cuando no se las crea.¹²⁵

La omisión legislativa igualmente produce ineficacia de los derechos pues aún cuando ilocutivamente existen en la constitución, su falta de desarrollo ulterior imposibilita su

¹²⁴ González Vidaurri, Alicia, *et al.*, *op. cit.*, pp. 92-93.

¹²⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 33-34.

exigibilidad en juicio, el cual como defensa es nulo por omisión de acción (*hacer*), desdeñando su fuerza por enaltecimiento del Estado de Poder.

1.3.2.2. Garantizar y Promover

Las obligaciones de *garantizar* y *promover*, es decir, “obligaciones de satisfacción (que incluyen las... obligaciones de garantía y de promoción).”¹²⁶ deónticamente no encuentran ubicación textual clara en la Constitución pues sólo se obtienen por exclusión o análisis que se pueden resumir en la siguiente forma:

- a) Brindar educación gratuita (artículo 3 fracción IV);
- b) Responder el derecho de petición (artículo 8) -quebrantado en ley secundaria por “negativa ficta”- (artículo 37 del CFF);
- c) Brindar seguridad social –salud y vivienda- (artículo 123);
- d) Impartir justicia (artículos 14, 16 y 17);
- e) Regir la economía y desarrollo del país (artículo 25);
- f) Perseguir delitos (artículo 21);
- g) Organizar el sistema de planeación democrática (artículo 26);
- h) Indemnizar en caso de expropiación (artículo 27);
- i) Devolver saldos a favor tributarios (artículo 31- IV); e
- j) Indemnización por daños y perjuicios en caso de falta grave (artículo 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 6 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo).

Y constituyen *expectativas positivas* (*hacer*) al encontrarse íntimamente relacionados con garantías sociales. En tanto los deberes del particular son para la colectividad, los deberes del Estado igualmente son para con ésta, reforzando la existencia de derechos sociales pues que ambos deberes (particulares y estatales) concurren al mismo sujeto titular: la sociedad.

La *diferencia formal* de los deberes particulares con los estatales radica en su especificación *nomodinámica* ya que los artículos que prevén deberes estatales discurren sólo respecto de los deberes particulares.

La *diferencia sustancial* de los deberes particulares y los estatales radica en su eficacia, pues en los deberes estatales se quebranta con la constante apertura o invitación del Estado a los particulares para participar en éstos a través de concesiones, autorizaciones y otras figuras similares del Derecho Administrativo, lo que conlleva a un nuevo riesgo.

Lo que importa principalmente al Derecho son los derechos; a la Administración los resultados; el Derecho conduce a la libertad y la seguridad, en tanto que la Administración fomenta la eficacia y rapidez de la decisión. Los peligros del Derecho son la rigidez y el estancamiento; los de la Administración, la burocracia y la autocracia.¹²⁷

Para demostrarlo es importante señalar que el deber del Estado se traduce en dos vías:

¹²⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹²⁷ Bodenheimer, Edgar., *op. cit.*, p. 120.

- ii) *Uti socius* o *uti cives* (utilidad social o utilidad civil) en donde el interés general predomina bajo el postulado de *res publica*, verbigracia, alumbrado, alcantarillado, vivienda;
- iii) *Uti singulus* (utilidad singular) en donde el interés individual predomina, verbigracia, impartición de justicia.

La participación del administrado en los deberes públicos estatales (*Partizipationeuphorie* denominada por Schmitt-Gleaser¹²⁸) ha sido usada en los últimos años por diversos países en seguimiento al cambio de dogmas democráticos basado en romper el secreto y autonomía burocrática. Se rompe la identidad entre gobernantes y gobernados para pasar de una administración autoritaria a una administración participada o concertada¹²⁹, como lo señala, verbigracia, la Constitución Española en su artículo 9.2: “Corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

No obstante, dicha participación en México se limita al ámbito económico por tenor del artículo 25 Constitucional, y excluido el político para los extranjeros con base al artículo 8, robusteciendo el concepto de ciudadano que produce un problema de contingencia por emulación a una figura indebidamente inserta en nuestra legislación.

La circunstancia referida por Cruz Parceró de que en México la libertad de expresión del pensamiento se reconoce únicamente a los ciudadanos y no a las personas puede dar pie a una crítica política o externa a la Constitución mexicana,... sobre cuya base se dirá que ese derecho se configura en México como un derecho del ciudadano y no de la persona.¹³⁰

De las referencias expuestas podemos señalar que la participación del administrado en los deberes públicos, en su sentido natural, implica dos elementos:

- a) El administrado puede ser persona o ciudadano (nacional o extranjero) lo que trae aparejado el ejercicio de un derecho civil (autonomía o contractual) y a su vez obliga su reconocimiento como uno de los tres supuestos típicos de derechos del administrado, junto con los derechos de naturaleza patrimonial y libertad individual.

Derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares, a favor de una persona determinada (concesionarios, titulares de licencias o autorizaciones, otorgamiento de beneficios tributarios, en general reconocimiento de situaciones jurídicas favorables).¹³¹

¹²⁸ *Cit. pos.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t I, *op. cit.*

¹²⁹ El ejemplo más notable lo encontramos con el Jurado Inglés en donde existe participación ciudadana al juzgar.

¹³⁰ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 58.

¹³¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* T II, Madrid, Civitas, 2000, p. 37.

Lo cual incardina más argumentos de política que argumentos de principios.

b) El administrado adquiere un *status activae civitatis* en la que participa y funge “*junto al Estado*”, lo que discurre en tres círculos:

- *Participación orgánica*: supone la inserción de los ciudadanos como tales (no como funcionarios o políticos –*Laienbeantentum*-¹³²) en órganos *ad hoc* formalizados de entidades administrativas para representación e intereses comunes que conlleva a la *auto-administración*, esto es, de administración confiada a los propios interesados, reconocidos como origen, sostenedores y destinatarios de la acción administrativa (*e.g.* colegios de profesionales, cámaras oficiales) y que en México surge sólo a nivel formal u operativo.

Como una modalidad de estos órganos *ad hoc* han adquirido un justo prestigio las *Royal Commissions* inglesas, designadas por el Parlamento para proponer reformas legislativas en extremos importantes o para encuestar o investigar un tema específico, y en cuya composición, además de funcionarios cualificados y de miembros de los dos partidos, entran predominantemente expertos no señalados políticamente.¹³³

- *Participación funcional*: supone una actuación ciudadana fuera del aparato administrativo, aunque ejercitando funciones materialmente públicas, tal y como lo es la *denuncia-deber* (denuncia de existencia de enfermedades contagiosas, de la comisión de un delito público) o *denuncia-facultad* (en donde se obtiene una prima si de la denuncia se sigue beneficio para la Administración).
- *Participación cooperativa*: en donde el administrado no se integra a la organización pública sino que actúa como sujeto privado, no ejercita funciones materialmente públicas sino que realiza una actividad estrictamente privada -aunque en el sentido propugnado o estimado por la Administración-, en la que ésta impone conductas o actuaciones preceptivas o establece direcciones/criterios a través de incentivos, normalmente económicos (*e.g.* donaciones deducibles para efectos tributarios, incentivo al empleo mediante desgravaciones tributarias).

No obstante, en nuestra legislación el particular, por falta de normación precisa, es un ejecutor de actos “*en lugar del Estado*” y no “*junto al Estado*” en donde las funciones personalísimas de éste son dadas al particular para su operación, produciendo un rompimiento a la naturaleza participativa expuesta y la actividad del particular trasciende al *uti socius* e incluso al *uti singulus*, y el Estado es ajeno a su propio deber con función de simple rector y no titular de éste como constitucionalmente le es encomendado.

Entre los ejemplos más claros de lo antes dicho tenemos:

- i) En materia económica-financiera, en donde la Ley de Ahorro y Crédito Popular publicada en el Diario Oficial de la Federación en 2001 ha encomendado a Federaciones

¹³² *Cit. pos.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t I, *op. cit.*

¹³³ *Ibidem*, p. 92.

(particulares) autorizadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores a supervisar, autorizar y realizar revisiones a las Sociedades Cooperativas o Sociedades Financieras (también particulares) de dicho ramo, es decir, realizar actos de molestia en proscripción a lo establecido por la propia Constitución (artículo 16 garantía de legalidad) obligándolos a firmar contratos con cláusulas que les permita tales acciones proscribiendo la *indisponibilidad activa y pasiva* de los derechos fundamentales (artículo 5 Constitucional), pues se arranca la voluntad y libertad contractual de éstos trascendiendo de una relación *inter privatos* a una relación forzada de subordinación a federaciones (ambos particulares).

Bajo dicha temática, los particulares, en aras de participar con la administración pública, adquieren el rango de autoridad y facultades de ésta (*imperium*) cuando ello es propio del Estado, demostrando la cesión de actos “*en lugar del Estado*” y no “*junto al Estado*”.

ii) El segundo ejemplo, lo notamos¹³⁴ con la habilitación a terceros para realizar la notificación de actos de autoridades a través del artículo 135 del CFF, lo que arroja una antinomia del sistema jurídico. Si tomamos en consideración que la notificación constituye uno de los tres elementos fundamentales del acto administrativo: eficacia (junto a la existencia y validez), luego entonces, en el supuesto de una indebida notificación ¿quién debe ser el titular demandado? y más aún ¿quién será responsable de la reposición del acto si a ello diera lugar la sentencia en juicio?

iii) El tercero, y más recurrente, lo encontramos con la tarea recaudatoria de los particulares “*en lugar del estado*” a través de la retención (artículo 26-I CFF), la cual implica que un patrón o prestatario de un servicio independiente deba enterar al fisco una cantidad tributaria por adeudo ajeno¹³⁵ no tutelada en nuestra Carta Magna, suplantando los dos extremos obligacionales de la relación tributaria: al sujeto pasivo (contribuyente) respecto al pago de algo impropio y al sujeto activo (Estado) por cuanto realiza actividades de recaudación sin ser destinadas a él.

El sustituto –que es ajena a la realización del hecho imponible- ocupa el puesto que hubiera debido ocupar el “realizador” del hecho imponible, y desplaza a este último de la relación jurídica tributaria principal.

Por ello, el sustituto no queda obligado “*junto a*” el destinatario legal tributario (como sucede con el responsable solidario), sino “*en lugar del destinatario legal tributario*”, motivando con ello la exclusión de este último de la relación jurídico tributaria principal.

El legislador instituye al “sustituto tributario” cuando resuelve reemplazar *ab initio* al destinatario legal tributario de la relación jurídica tributaria principal. Surge allí un solo *vinculum iuris* entre el sujeto activo “fisco” y el sujeto pasivo “sustituto”.

... El sustituto existe porque el legislador lo ha creado para posibilitar o facilitar la mejor consecución de la principal finalidad para la cual el tributo es creado (llevar fondos al tesoro

¹³⁴ Reformas publicadas el 28 de junio de 2006 en el Diario Oficial de la Federación, a colación de las reformas realizadas al Código Fiscal de la Federación.

¹³⁵ El artículo 26 del Código Fiscal de la Federación refiere a todos aquellos sujetos obligados “solidariamente” (aún cuando su texto revela obligaciones subsidiarias y otras de sustitución), en donde nace la figura de la retención (fracción I), sin que la misma proceda de algún texto Constitucional; no obstante, mediante ideología se ha impuesto dicha tarea en donde el Estado se desliga de su obligación formal y más aún sustancial, arrogando sólo la cómoda tarea de ser fiscalizador superior avocado exclusivamente a sancionar a los particulares que no cumplan con dicha tarea impropia.

público). Basta entonces con caracterizarlo debidamente y señalar sus diferencias con contribuyentes y responsables solidarios. Las realidades legislativas conducen a que el jurista tributario no tenga –a veces- más remedio que ser pragmático.¹³⁶

Advirtiéndose que dicha tarea es dejada en manos de un particular quien actúa formal y sustancialmente “*en lugar de*” otro particular y “*en lugar del Estado*” en donde éste se aleja de su tarea constitucional pero no obstante, sí continúa con la titularidad de imperio impositiva, y más aún, sancionadora.

Tenemos así que los deberes del Estado, además de encontrarse vagamente demarcados, su ulterior cesión a terceros particulares (actividades *uti cives* y *uti singulus*) conducen a un rompimiento de efectividad material y formal que crea inseguridad jurídica e ilegalidad¹³⁷, amén de no constituir facultades discrecionales sino regladas, con lo que su exigibilidad es nula. Además de que no es posible obligar al legislativo a realizar cambios normativos que sufragen irregularidades perlocutivas, menos aún a través del poder judicial (como sí acontece, verbigracia, en los EUA) llevando los deberes del Estado a ser sólo *expectativas* por falta de fuerza constitucional.

De este primer capítulo concluimos que:

- a) La Constitución Mexicana es un medio de control social de dominación pues por perlocución (efecto consecuente textual) introduce más deberes tácitos a los particulares que garantías;
- b) La Constitución Mexicana es un sistema operativamente cerrado (autointegrativo) toda vez que evita la universal exclusión pues todo lo ajeno a su texto es inexistente e inoperante mediante defensa;
- c) Además, la estructura textual de las disposiciones constitucionales y leyes secundarias discurre en argumentos de principios y argumentos de política, en los cuales existe un fin de verdad y un fin de éxito, lo que Ferrajoli identifica con conocimiento y poder, lo cual nos permite identificar su sentido de dominación o colaboración;
- d) No obstante, los derechos fundamentales son –y deben siempre ser- la cúspide de todo sistema legal pues son uno de los límites para legislar y por ello la Ley ocupa el segundo lugar de la jerarquía planteada dejando a los actos de autoridades en tercer lugar pues sólo se emiten con base a la Ley la cual respeta los derechos;
- e) Por ello, las garantías protegen a los derechos y se dividen en individuales (lo cual exige al Estado *no hacer*) y sociales (*hacer*), en tanto que los principios (de Derecho y en el Derecho) son guías para legislar, esto es, las garantías son inmanentes a los derechos y los principios a los deberes;

¹³⁶ Villegas, Héctor B., *op. cit.*, pp. 260-261.

¹³⁷ Como parte de la crisis de legalidad expuesto por Luigi Ferrajoli, en las primeras líneas de su obra *Derechos y Garantías* citada en el presente trabajo.

- f) Asimismo, la Ley sólo debe aplicarse a los hechos y no pretender que éstos se ajusten a la Ley pues el particular es libre para actuar, lo que las autoridades del Estado no;
- g) Los deberes del Estado no pueden ni deben ser arrojados a los particulares para que lo sustituyan en sus funciones pues la responsabilidad que surja de su mal desempeño nunca llegará al Estado, dejando de ser responsable; y
- h) No deben existir facultades discrecionales a las autoridades administrativas ni permisión para que legiferen mediante reglas de carácter general ya que ello implica que tengan libertad y que se reúnan dos poderes en una sola persona cuando lo cierto es que el Estado no cuenta con libertad y la Constitución lo prohíbe, pues carecen de garantías. No obstante, la práctica legislativa lo permite en desventaja de la justiciabilidad de los derechos fundamentales y garantías individuales y sociales.

Se advierte así que la ley, además de establecer con claridad la existencia de atribuciones y facultades (las primeras vigentes en todo momento y las segundas sujetas a temporalidad), impide que la obligación estatal sea efectiva forzando al particular a iniciar un juicio para el reconocimiento de sus derechos, momento en el cual encontrará un déficit normativo *a priori* por vaga referencia de éstos surgiendo así la siguiente pregunta: dado el esquema de derechos y poder ¿puede existir efectiva defensa para los particulares? Esta pregunta será respondida en el próximo capítulo.

CAPÍTULO II

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y SOCIALES FRENTE A LOS ACTOS DE PODER

2.1. *La defensa como derecho y como facultad*

El particular (individual o colectivo), de forma constante defiende lo suyo, y con ello, el Derecho retoma importancia en cuanto regula la posibilidad de darle cauce legal al abuso de poder. Si consideramos que el abuso de cualquiera de ellos (Estado o particulares) produce eventualmente la anarquía o el despotismo, entonces el Derecho pretende resolver tal dilema.¹³⁸

... un Estado democrático de derecho tiene como objetivo primario prevenir los peligros que pueden presentarse en la dimensión Estado-ciudadano, es decir, en las relaciones entre el aparato estatal monopolizador de la violencia y personas privadas desarmadas. En cambio, las relaciones horizontales entre las personas privadas, sobre todo las relaciones intersubjetivas que constituyen la práctica que los ciudadanos ejercitan en común, no tienen para el esquema liberal de la división de poderes ningún efecto formador de estructuras.¹³⁹

Sin embargo, aún cuando el equilibrio que el Derecho brinda entre el Estado y los particulares pueda verse aceptable en el marco que es aplicado, en la práctica dicho equilibrio se rompe por la aplicación indebida de normas o por inadecuación de éstas a la realidad en que operan.

Un estado de Derecho, como anhelo de todo país, implica lo que Aristóteles denominó *justicia distributiva* entre libertades del particular y poder del estado (reflejado entre particulares con el Derecho Privado y los derechos patrimoniales¹⁴⁰) pues la inadecuación de cualquiera de éstos, ya sea de más o de menos, arroja como consecuencia el impulso de reponer el desequilibrio generado, denominado por tal autor como *justicia correctiva*.

Denomina a la primera justicia distributiva. Corresponde al legislador y consisten en asignar derechos públicos y privados a los ciudadanos conforme al principio de igualdad... La igualdad lograda por la justicia distributiva es, así, una igualdad relativa, proporcionada, no absoluta. La segunda especie de justicia es la retributiva o correctiva. Suponiendo que se ha hecho una distribución de derechos, recompensas y cargos entre los ciudadanos por vía legislativa, es función del Derecho garantizar, proteger y mantener la distribución realizada contra posibles ataques ilegales. Esta función correctiva del Derecho es administrada por el juez.¹⁴¹

Bajo dicho contexto, entendemos la referencia Kelseniana de dos garantías constitucionales a los derechos: primarias y secundarias y por ende la correlativa existencia de lagunas primarias y secundarias.

¹³⁸ Vid. capítulo I.

¹³⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 318-319

¹⁴⁰ Ya que los derechos fundamentales son de todos y en virtud de ello, uniformes, dando lugar a la igualdad, por lo que la desigualdad es el mejor predicado de los derechos patrimoniales como reflejo de la voluntad individual o colectiva.

¹⁴¹ Bodenheimer, Edgar., *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 62

Kelsen lleva a cabo no una sino dos identificaciones o reducciones del derecho subjetivo a los imperativos que a éste le corresponden. La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídico con su titular, o sea, la que he llamado *garantía primaria*: <<No hay derecho subjetivo en relación con una persona –afirma- sin el correspondiente deber jurídico de otra>>. La segunda es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, la que he llamado *garantía secundaria*: <<El derecho subjetivo [consiste] no en el presunto interés, sino en la protección jurídica>>... De forma análoga, es muy posible que de hecho no existe la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del otro. En otras palabras, que existan *lagunas primarias* por defecto de estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las *garantías primarias* del derecho subjetivo, y las *lagunas secundarias*, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violación, o sea, a aplicar las *garantías secundarias*.¹⁴²

Garantías que siguen la inercia de la justicia distributiva y correctiva respectivamente; no obstante, el desequilibrio comentado surge en dos aspectos:

a) El primero por el texto normativo, ya sea inadecuación de la *nomoestática* a los principios generales de Derecho y derechos fundamentales (irregularidad de primer nivel) o inadecuación de la *nomodinámica* a la *nomoestática* (irregularidad de segundo nivel); y

b) El segundo por el acto de la administración pública, quien dentro de la división de poderes es encargada de interactuar, por condición y no por excepción, con los particulares¹⁴³ a quienes las normas son dirigidas.

Con ello, podemos señalar que los elementos de la dinámica jurídico-social son estáticos y variables, es decir, la Ley y los actos de autoridad¹⁴⁴, los cuales siguen el siguiente esquema:

	LEY	ACTO
Características	General Abstracta	Particular Concreto
Vinculante por	Publicación en el Diario Oficial de la Federación	Notificación

¹⁴² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 61-62.

¹⁴³ En virtud de que una sentencia sobrevenida de juicio, como garantía secundaria, es vinculante con los particulares sólo por excepción, es decir, sólo por el hecho de accionar en juicio, lo que no acontece con las normas del Derecho Administrativo, las cuales son de adopción recurrente y forzosa.

¹⁴⁴ No obstante que la Ley varía de un momento a otro, e incluso de un año a otro como acontece con las Leyes-medida, la referencia *supra* se realiza bajo la noción de una mayor estabilidad en tiempo por ser un eje sobre el cual la autoridad emite sus actos, los cuales son variables de emisión en emisión, amén de incardinar contenidos diversos al versar sobre situaciones concretas que, evidentemente, no son iguales en todos los casos.

Y si al Estado corresponde la emisión de Leyes así como su aplicación mediante actos es inmanente a éste la función objetiva, es decir, crear el derecho, aplicarlo y hacerlo cumplir fuera de toda pasión o deseo particular, arrogándole la tarea objetiva a sus acciones.

Por su parte, la fase subjetiva es inmanente del particular, quien actúa conforme a sus propios intereses bajo el discurso de que el logro personal, obtendrá el logro social. Por ello, el Estado debe participar con ellos de forma indirecta, mediante la creación y administración de normas que permita la obtención de sus logros, tal y como lo expone, verbigracia, la Declaración de Independencia de Estados Unidos de América, al hablar de la búsqueda de la felicidad.

“Cuando en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticas que lo han unido con otros, y asuma entre los poderes de la tierra, la separación y equidad a la que las leyes de la naturaleza y la naturaleza de Dios les ha otorgado, un respeto adecuado a las opiniones de la humanidad requiere que sean declaradas las causas que se impelen a su separación. Nosotros sostenemos que estas verdades son auto-evidentes, que todos los hombres son creados iguales, que son otorgados por su Creador con ciertos derechos inalienables que son Vida, Libertad y la búsqueda de la felicidad.”¹⁴⁵

Desde ese punto Kelsen descansó su preludio al argumento de justicia.

¿Qué es lo que realmente significa la afirmación de que un orden social es justo? Significa que ese orden regula la conducta de los hombres en una forma satisfactoria para todos, es decir, de tal modo que todos encuentren en él su felicidad. La aspiración de la justicia es el eterno anhelo humano de felicidad. El individuo aislado no puede, en cuanto tal, encontrar la felicidad, y por ello la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social.¹⁴⁶

Así el particular como sujeto pasivo (llamado así en Derecho Administrativo), pugna por la persecución de sus intereses y equilibrio de sus derechos frente al poder del Estado, dado lo cual, accionar en juicio obedece a la protección de éstos y no del marco normativo.

... basta tener alguna experiencia judicial, en cualquiera de los dos lados de la barra, para comprender sin vacilaciones que los recurrentes defienden lo que vívidamente entiende ser sus derechos o al menos sus intereses propios (no adelantemos calificaciones) no la legalidad abstracta. Es totalmente convencional pretender que su interés se acaba con la admisión del recurso con la posibilidad de llegar a la decisión de fondo,... El recurrente siente no sólo la inadmisibilidad, sino también, y quizá especialmente, la desestimación de su recurso como una negación sustantiva a sus derechos. Esta vivencia, en efecto, subjetivo, pero es también general, lo cual denota que alguna objetividad subyace en ella; por ello no es desdeñable en absoluto, siquiera sea porque es la que mueve el mecanismo entero de la justicia. El cual, con la excepción de los asuntos penales, en los que la acción pública ha subsumido las arcaicas

¹⁴⁵ “When in the Course of Human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the laws of Nature and of Natures God entitled them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation. We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.” Law Dictionary, Gilbert Summaries, Harcourt Brace Legal and Professional Publications Inc., p. 361.

¹⁴⁶ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Ed. UNAM, 1995, pp. 6-7.

técnicas de composición interprivada, es siempre un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos de lucha por el propio derecho y éste es, justamente, todo su sentido.¹⁴⁷

Pero en la realidad el poder del Estado pugna, bajo el discurso de beneficio social, por la pervivencia de las normas que favorecen sus intereses con la ventaja de que ya existen éstas elaboradas por el propio poder cuyo texto no coincide con la facticidad de los hechos.

El problema de aplicación exige, naturalmente, en ambos casos la selección de la acción correcta. Pero <<correcta>> es, si partimos de un sistema de normas válidas, la acción que es buena *para todos* por igual; en cambio, en relación con una constelación valorativa típica de nuestra cultura o de nuestra forma de vida, <<correcto>> es aquel comportamiento que en conjunto y a largo plazo es buena *para nosotros*... Una aplicación del derecho orientada por principios ha de entender acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibrio de bienes o de la mejor relación de jerarquía entre valores. Ciertamente, las normas válidas constituyen una estructura flexible de relaciones, en la que tales relaciones pueden desplazarse de caso a caso; pero este desplazamiento está sujeto a la reserva de coherencia, reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concretado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta. La validez jurídica del juicio o fallo tiene el sentido deontológico de un precepto, no el sentido teleológico de lo alcanzable en el horizonte de nuestros deseos en unas circunstancias dadas. Lo que en cada caso es lo mejor para nosotros no coincide *eo ipso* con lo que es bueno para todos por igual.¹⁴⁸

Con ello, el particular actúa desde su ángulo buscando el beneficio propio, lo que se nota con los medios de defensa constitucional, en donde lo buscado y obtenido de la sentencia es la restitución en el pleno goce de sus garantías (artículo 80 de la Ley de Amparo):

Artículo 80.- La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo;...

Con ello se confirma que el accionante de tal instancia busca su beneficio particular:

El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la Ley; la Administración también es parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta, y a la que se opone activamente; el recurso es, pues, subjetivo y no objetivo; lo que se hace valer en el proceso es, pues, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado.¹⁴⁹

No obstante, es un error constante considerar a la defensa como facultad y no como un derecho, es decir, sólo a partir de la titularidad de un derecho subjetivo. Error que discurre incluso en los criterios jurisprudenciales de nuestro país al considerar que el interés jurídico para acudir a juicio existe si y sólo si existe un derecho subjetivo violado pues si no se cuenta con éste la acción en juicio es nula, conduciendo a un círculo vicioso.

¹⁴⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t II, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 46.

¹⁴⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 329,334.

¹⁴⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* T II, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 54.

Al respecto, no debemos olvidar que un derecho subjetivo surge por disposición de Ley, con efectos de universal inclusión.

Hans Kelsen define el derecho subjetivo en general como un interés garantizado por el derecho objetivo (o un <<poder querer>> o <<estarle a uno permitido querer>> en el sentido de Windsheild.)¹⁵⁰

Sin embargo, el derecho de defensa es un derecho independiente de la circunstancia que da origen a la reacción del particular, pues si fuera cierta la concepción de facultad -y no de derecho- conllevaría a que el reconocimiento de nuevos derechos jamás tuviera cupo en toda contienda.

Por tanto, es importante diferenciar el derecho a acción en juicio con el derecho que se defiende en éste.

Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. Ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente.¹⁵¹

Con la anterior cita vemos que el derecho de defensa se constituye por dos elementos:

- a) La ilegalidad de la actuación del Estado; y
- b) El perjuicio que sufre el particular en el goce de sus derechos

Axiomáticamente se traduce en la siguiente fórmula:

Derecho de defensa = ilegalidad + perjuicio

De aquí que el hecho del desconocimiento por la Administración de la libertad del ciudadano de no estar sometido más que a la Ley, lo que nuestra jurisprudencia llama el <<perjuicio>> o la negación de una ventaja, el *grief* de la jurisprudencia francesa, no sea un simple requisito procesal, o una exigencia de simple <<seriedad>> en el planteamiento del litigio. Por el contrario, es la base misma de ese derecho subjetivo, que pretende justamente la eliminación de ese perjuicio o de ese *grief* si se demuestra injusto, demostración que debe hacerse sobre la justificación de la ilegalidad del ataque administrativo.¹⁵²

De los elementos antes dados podemos formular dos preguntas:

- a) La primera por cuanto a la legalidad. Si sabemos que un acto es ilegal pero no lesiona derechos entonces no procede la defensa, lo que por Ley se denomina “causal de

¹⁵⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 151.

¹⁵¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. II, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 53.

¹⁵² *Ibidem*, p. 51.

improcedencia”. Y si el medio de defensa no prospera por ésta improcedencia ¿el acto ilegal pervive aún?

Entendemos aquí que el problema es el acto y no la Ley. Consideramos que un acto ilegal debe desaparecer ya que si bien no lesiona los intereses particulares, sí lesiona el esquema jurídico en que se desenvuelve, por lo que si no se elimina quizá pueda ser acto instrumental o antecedente de otro definitivo, ahora sí, en agravio de otro particular.

La Ley debe garantizar que si ese acto no es impugnabile y nadie más lo puede impugnar por no ser vinculante con terceros ajenos, entonces no debe difuminarse en el espacio y tiempo con posible uso ulterior, pues al día de hoy nuestra *nomodinámica* vagamente lo regula.

b) La segunda por cuanto al agravio. ¿Qué sucede con un acto que causa perjuicio pero no es ilegal? verbigracia, la negativa ficta. Ello es una paradoja que nos fuerza a conocer por qué el acto no es ilegal, cuya respuesta nos puede llevar a que no es ilegal porque fue emitido conforme a Ley, de lo que se advierte que el problema es la Ley y no el acto.

Sobre ambos casos debemos recordar que la legalidad de un acto/ley surge en dos sentidos: *legalidad formal y legalidad sustancial*, es decir, que el acto/ley se elabore con las formalidades y procedimientos respectivos y que su sentido/contenido no transgrede garantías y principios.

En cualquiera de las preguntas planteadas se confirma que la defensa es un derecho ajeno a aquel violentado y por tanto, es un derecho adicional, nuevo, independiente e integral de los derechos fundamentales, en específico, de los derechos civiles.

...donde está el verdadero derecho subjetivo aquí relevante no es en esa titularidad subyacente que sostiene, en último extremo, la situación afectada por el acto administrativo a impugnar, sino, precisamente, en la reacción misma frente al acto ilegal que perturba el propio ámbito vital. Es esta lesión o perjuicio injustos lo que hace ponerse en pie el derecho a la situación atacada (como el derecho a la reparación de un daño extracontractual causado por un tercero a una cosa propia no es un derecho real derivado de la titularidad de dicha cosa, sino, claramente, otro derecho distinto y nuevo)... Ejemplo en el Derecho privado de estas situaciones reaccionales: acciones de responsabilidad, acciones de nulidad, acción de competencia desleal. Antes de la infracción del deber legal no existe propiamente un derecho subjetivo, porque si existiese podría su titular disponer de él y esa disponibilidad (renuncia anticipada a exigir responsabilidad –cláusulas de exclusión de responsabilidad-, renuncia anticipada al ejercicio de acciones de nulidad, etc.; aquí renuncia previa a impugnar los actos administrativos legales) no es admitida por el ordenamiento, lo cual acreditaría que el deber de que se trata en el otro sujeto es un deber objetivo hacia la Ley y no una obligación subjetiva hacia otra persona de que ésta sea titular activo; sólo cuando la lesión del ámbito vital de intereses se ha producido surge el verdadero derecho subjetivo por parte del lesionado, un derecho de *redressement* o de eliminación del perjuicio¹⁵³

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 52-53.

Los derechos fundamentales, entre ellos el derecho civil de accionar en juicio, se caracterizan por su *indisponibilidad activa y pasiva*, y da pauta a que ningún particular, grupo o ente (entre ellos el Estado) pueda disponer de ellos así como nadie ajeno a su voluntad, demostrando que la defensa es un derecho no adherido a otro, y por tanto no puede ni debe ser restringido bajo ninguna modalidad *nomodinámica o nomoestática*.¹⁵⁴

En razón de ello, analizaremos los medios de defensa que existen en nuestra legislación y en especial en materia administrativa en donde más se hace necesaria la defensa por tratarse de la rama del Derecho en la que el particular tiene relación con el Estado.

2.2. Recursos Administrativos

Previo a ingresar a los juicios, es de hacer notar la existencia de recursos administrativos que resuelve la propia autoridad emisora del acto (no se impugna la Ley) en donde se busca la revocación de éste, lo cual tiene sustento en el principio de autotutela, lo cual se justifica por ser la propia autoridad quien día a día interactúa con los particulares.

La distribución de las competencias entre los poderes del Estado puede proyectarse sobre los ejes temporales de las decisiones colectivas de la siguiente forma: la práctica de las decisiones judiciales puede entenderse como acción orientada al pasado, que queda vinculada a las decisiones del legislador político solidificadas en derecho vigente, mientras que el legislador toma decisiones orientadas al futuro que ligan la acción futura, y la Administración hace frente a problemas que apremian en la actualidad.¹⁵⁵

El hecho de que la Administración esté fundamentalmente inmersa en un presente cambiante (el Legislativo está volcado al futuro y el Judicial al pasado) postula, en principio, a favor de la libre revocabilidad de sus actos con el fin de ajustar éstos a las cambiantes circunstancias.¹⁵⁶

Los recursos administrativos siguen la inercia de la autotutela reduplicativa o de segunda potencia, esto es:

Nos referimos por nuestra parte con ese concepto de autotutela reduplicativa a tres técnicas concretas: en primer término, a la interposición preceptiva de vías administrativas previas antes de permitir el acceso a los Tribunales de quienes pretendan impugnar las declaraciones ejecutivas o las ejecuciones coactivas de la Administración;... Suponer someter la reacción impugnatoria del particular que pretende destruir la presunción de legitimidad de los actos o las ejecuciones administrativas a una previa decisión de la Administración, a cuyo efecto se impone la carga de residenciar ante éste el correspondiente recurso, llamado por ello recurso administrativo.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Vid. capítulo I

¹⁵⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 63-65.

¹⁵⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 652.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 514.

Sobre dicho tópico no indagaremos en demasía dada la opcionalidad de su ejercicio, simplemente señalaremos que su desarrollo se encuentra regulado en diversas leyes de nuestro país bajo distintas denominaciones tales como:

- Recurso de Revisión, previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo;
- Recurso de Inconformidad, contenido en la Ley del Seguro Social y en la Ley del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores;
- Recurso de Revocación, previsto en el Código Fiscal de la Federación (CFF); y
- Reconsideración Administrativa (tercer párrafo del artículo 36 del CFF), aunque no reviste formalidades de recurso, sí cumple la autotutela reduplicativa.

De los antes nombrados, tomaremos como ejemplo para el presente espacio al Recurso de Revocación del Código Fiscal de la Federación, cuya antinomia más importante al derecho de defensa es la siguiente:

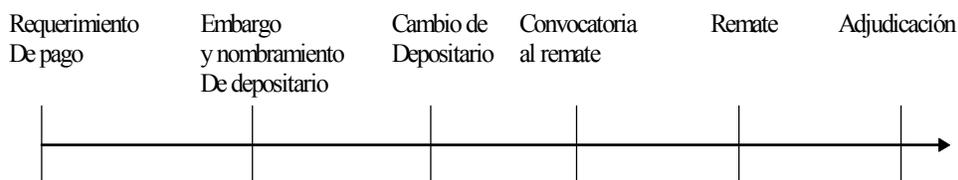
2.2.1. El Recurso de Revocación

Conforme al Código Fiscal de la Federación, los actos de autoridades pueden ser combatidos mediante ésta instancia, incluso aquellos realizados dentro del Procedimiento Administrativo de Ejecución, lo cual por largo tiempo fue favorable a los particulares pues en términos del artículo 127, el recurso podía interponerse en cualquier momento hasta antes de la convocatoria a remate de los bienes previamente embargados.

No obstante, con las reformas al Código Fiscal de la Federación publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2006, el artículo 127 estableció una nueva dinámica temporal para robustecer el Estado de poder pues beneficia y facilita al Estado la obtención de recursos limitando la defensa del particular, ya que a diferencia del texto anterior en donde la impugnación podían realizarse en cualquier momento hasta antes de la convocatoria a remate, con la reforma se estableció que las impugnaciones pueden ser sólo a partir de la convocatoria de remate y hasta diez días posteriores:

Texto previo a la reforma	Texto de la reforma
<p>Artículo 127.- Cuando el recurso de revocación se interponga porque el procedimiento administrativo de ejecución no se ajustó a la Ley, las violaciones cometidas antes del remate podrán hacerse valer en cualquier tiempo, antes de la publicación de la convocatoria en primera almoneda, salvo que se trate de actos de ejecución sobre bienes legalmente inembargables, de actos de imposible reparación material o de lo previsto por el artículo 129, casos en que el plazo para interponer el recurso se computará a partir del día siguiente al en que surta efectos la notificación del requerimiento de pago o del día siguiente al de la diligencia de embargo.</p>	<p>Artículo 127. Cuando el recurso de revocación se interponga porque el procedimiento administrativo de ejecución no se ajustó a la Ley, las violaciones cometidas antes del remate, sólo podrán hacerse valer ante la autoridad recaudadora hasta el momento de la publicación de la convocatoria de remate, y dentro de los diez días siguientes a la fecha de publicación de la citada convocatoria, salvo que se trate de actos de ejecución sobre bienes legalmente inembargables o de actos de imposible reparación material, casos en que el plazo para interponer el recurso se computará a partir del día hábil siguiente al en que surta efectos la notificación del requerimiento de pago o del día hábil siguiente al de la diligencia de embargo.</p>

Esto es, el Procedimiento Administrativo de Ejecución se desarrolla conforme al siguiente esquema:



Por lo que ahora la defensa se limita y violenta la garantía de audiencia del artículo 17 Constitucional, pues con la reforma comentada, la defensa se supedita a un acto futuro, es decir, a la convocatoria a remate que publique la autoridad.

Efectivamente, el artículo 127 del Código Fiscal de la Federación proscribía el derecho de audiencia pues evita que éste nazca y lo posterga a la convocatoria de remate, lo que implica que en tanto la autoridad realiza sus actos, el particular, por su parte, está impedido para interponer el recurso de revocación ya que todavía no se realiza la convocatoria a remate.

Así, el derecho de defensa queda indebidamente condicionado, pues recordemos que las condiciones son sólo para las obligaciones y no para los derechos tal y como lo confirman los artículos 1938, 1939 y 1940 del Código Civil Federal:

Artículo 1938. La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

Artículo 1939. La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

Artículo 1940. La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido.

Y si la defensa es un derecho público y no una obligación, es evidente que la reforma al artículo 127 del Código Fiscal de la Federación indebidamente condiciona un derecho, es decir, combina la naturaleza de derechos y obligaciones¹⁵⁸.

La razón política de la reforma es evitar la defensa contra el cambio de interventor del embargo de una negociación, ya que con éste acto se remueve al propio contribuyente, quien es designado inicialmente como interventor, para nombrar en su lugar al personal de la autoridad, bajo la tutela del artículo 153 del Código Fiscal de la Federación que le concede tal facultad.

¹⁵⁸ Como complemento a lo expuesto, es de señalar que la sujeción de la defensa –incluso– al término general de cuarenta y cinco días, resulta *per se* ajeno a todo contexto constitucional, pues la defensa debe prosperar en cualquier momento en tanto el crédito fiscal no prescriba a fin de brindar igualdad de circunstancias procesales al particular y a la autoridad (principio de igualdad de las partes), tal y como lo establece, verbigracia, el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común española, que admite: “en cualquier momento ... a solicitud del interesado [la declaración de nulidad] de los actos enumerados en el artículo 62.1”.

Bajo dicha actuación, el nuevo interventor es libre para ordenar el embargo de cuentas bancarias, lo que hasta antes de la reforma era perfectamente atacable mediante el Recurso de Revocación, pues con su sola interposición producía la suspensión del Procedimiento Administrativo de Ejecución y se evitaba todo embargo de cuentas bancarias, acorde al artículo 144 del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 144.- ...

Cuando el contribuyente hubiere interpuesto en tiempo y forma el recurso de revocación o, en su caso, el procedimiento de resolución de controversias previsto en un tratado para evitar la doble tributación de los que México es parte, el plazo para garantizar el interés fiscal será de cinco meses siguientes a partir de la fecha en que se interponga cualquiera de los referidos medios de defensa, debiendo el interesado acreditar ante la autoridad fiscal que lo interpuso dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a esa fecha, a fin de suspender el procedimiento administrativo de ejecución.

La reforma evita que se obstaculice el embargo de cuentas así como la suspensión del acto reclamado, por lo que el único camino viable de defensa –aparentemente- es el juicio de amparo. No obstante, tal opción es compleja en razón de lo siguiente:

Si a colación del cambio de interventor se interpone el juicio de garantías dentro de los 15 días siguientes, la impugnación sólo se podrá enderezar contra el cambio de interventor más no contra el artículo 127 del Código Fiscal de la Federación ya que para impugnar éste se requerirá un primer acto de aplicación pues se trata de una norma heteroaplicativa.

Esto es, se requeriría que se interpusiera un recurso de revocación y que éste fuese improcedente por interponerse antes de tiempo –acorde al artículo 127- para que sólo así surgiera la primera afectación de la norma, lo que implica un tiempo en el cual podrá realizarse el embargo de sus cuentas, por lo que el particular deberá tomar una decisión inmediata entre defender su patrimonio o impugnar la Ley.

Con ello notamos la ineficacia de este medio de defensa al dejar en manos del propio emisor del acto la decisión sobre la procedencia del mismo, amén que la reforma comentada es deletérea al derecho de defensa pues en tanto el acto nace, se desarrolla y produce efectos en la esfera jurídica de los particulares, éstos no pueden impugnarlo porque su momento de procedencia aún no nace, lo que denota lo óbice de tal opción.

Bien se comprende que se trata de un privilegio superpuesto (y, a nuestro juicio, no fácilmente justificable) a la autotutela primaria de la Administración, con el cual se le reconoce el privilegio de dirimir por primera vez (aunque no sea técnicamente una primera instancia, de hecho esta vía previa se comporta con un contenido no muy diverso) un conflicto ya formalizado entre ella misma y un tercero. No será preciso resaltar como esa interposición de la vía previa agrava la ya inicial carga de accionar que se ha desplazado al administrado, complicando y retrasando el acceso a la garantía judicial, que es la única independiente y efectiva... Hemos de decir rotundamente que no existe tal potestad administrativa jurisdiccional, porque jurisdicción supone neutralidad e independencia en los órganos que la imparten, heterotutela, como ya hemos notado, y validez definitiva (fuerza de

cosa juzgada) en lo decidido o ejecutado, notas ambas que no se dan en los fenómenos de tutela ejercida por la Administración. No hay, en efecto, neutralidad e independencia, porque la Administración protege sus propios derechos o intereses (o, en los casos excepcionales que hemos tipificado de abusos o desviación de la autotutela, derechos o intereses ajenos, aunque sin independencia en el sentido jurisdiccional del concepto y, por su puesto, sin valor de cosa juzgada definitiva). El equívoco ha podido sostenerse porque la tutela jurisdiccional y la administrativa son las dos tuteladas efectivas de derechos, pero el alcance de una y otra varía de manera sustancial...¹⁵⁹

Las razones prácticas obedecen a la naturaleza por la cual las autoridades son creadas y en función de ello, difícilmente emiten una resolución favorable al accionante de esta instancia, cuyo resultado en la práctica ha fortalecido la optatividad de ésta y el uso de la “litis abierta” (argumentos no expuesto en el recurso) en la siguiente instancia que es el juicio contencioso-administrativo, comúnmente llamado “juicio de nulidad”, el cual a continuación se estudiará.

2.3. Juicio Contencioso-Administrativo

En el capítulo anterior se comentó que los intereses tutelados por el Derecho y por la Administración son distintos. La administración históricamente ha tenido beneficios cuya condición la hace distinta con los particulares y la ubica en privilegio constante.

Para exponer rápidamente lo característico de esa situación de la Administración con la Justicia comparémosla con la que es propia de los sujetos privados... Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (*statu quo*) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria. La primera carga de sometimiento a un Tribunal es la carga de un juicio declarativo; la segunda, la de un juicio ejecutivo... Pues bien, nada de lo escrito servirá para explicar la posición de la Administración con los Tribunales. La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad..., de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulta oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos la ejecución forzosa... En otros términos: la Administración

¹⁵⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pp. 514, 520-521.

está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción.¹⁶⁰

Con ello, el particular se ubica en desventaja *a priori* respecto de la Administración, quien no es combatida de forma inicial o intermedia como acontece en Derecho privado.

La resolución ejecutoria que resulta del juicio declarativo puede anticiparse a la actuación del demandado (acción puramente declarativa), o esperar a que dicha actuación comience y esté en curso, o a que haya concluido (lo que implicará normalmente una pretensión de condena)... El juez, en efecto, puede intervenir en todos los supuestos de autotutela privada si quien está legitimado se lo pide, bien anticipadamente a su ejercicio, para prohibirla, bien durante su ejercicio, bien después para enjuiciar su utilización.¹⁶¹

A diferencia de ello, el particular sólo podrá impugnarla hasta que el acto se encuentra ya emitido y listo para su ejecución, es decir, definitivo.

El juez no puede penetrar en el ámbito de autotutela administrativa, interferir su desarrollo. No podrá prohibir o evitar que la Administración dicte un acto ejecutivo, o... privar a dicho acto de ejecutoriedad, o interferir en la ejecución forzosa del mismo, o paralizar la actuación administrativa, y ni siquiera pronunciarse sobre el contenido eventual de una relación antes que la Administración lo haya ejecutoriamente declarado... El proceso contencioso-administrativo solo podría abrirse bajo la forma de proceso de impugnación de validez de un acto administrativo ya efectivamente producido y para revisar –ex post, pues- su validez. La apertura del proceso contencioso-administrativo no paralizará el desarrollo de la autotutela de la Administración, la cual podrá continuar ejecutando, incluso por vía de acción de oficio, el acto administrativo impugnado, así como dictar nuevos actos consecuencia del mismo.¹⁶²

Obtenemos como desventaja de los derechos frente al Poder, la inimpugnación de actos no definitivos (instrumentales o intermedios) pues no producen (aún) agravio.

2.3.1. *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*

2.3.1.1. Condenación para el particular al pago de costas

La condena al pago de costas para el particular, es decir, aquellos gastos que realizan las partes a fin de llevar a cabo la contienda hasta sentencia, era inexistente dentro del juicio contencioso-administrativo hasta diciembre de 2005.

Sin embargo la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, cuya vigencia inició el 1 de enero de 2006, estableció tal sanción para los particulares que iniciaran un juicio con fines notoriamente dilatorios, es decir, sólo con la finalidad de ganar tiempo y evitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales respectivas, tal y como lo establece su artículo 6:

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 487-489.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 490, 506.

¹⁶² *Ibidem*, p. 507.

Artículo 6o.- ...

Únicamente habrá lugar a condena en costas a favor de la autoridad demandada, cuando se controviertan resoluciones con propósitos notoriamente dilatorios.

Para los efectos de este artículo, se entenderá que el actor tiene propósitos notoriamente dilatorios cuando al dictarse una sentencia que reconozca la validez de la resolución impugnada, se beneficia económicamente por la dilación en el cobro, ejecución o cumplimiento, siempre que los conceptos de impugnación formulados en la demanda sean notoriamente improcedentes o infundados. Cuando la ley prevea que las cantidades adeudadas se aumentan con actualización por inflación y con alguna tasa de interés o de recargos, se entenderá que no hay beneficio económico por la dilación.

La sanción procede entonces cuando el propósito de la impugnación sea notoriamente dilatorio, lo que produce: *i)* que se inhiba la defensa y *ii)* se agilicen los actos de la Administración, cuya crítica –en nuestro punto de vista- es la siguiente:

a) En primer lugar, es de señalar que si bien la materia civil y mercantil (Derecho Privado) prevén el pago de costas, ello es debido a que los particulares al momento de entrar a juicio o ser llevados a éste, se ven inmersos en una situación no prevista, generándoles gastos no contemplados y por ello, es posible que la erogación desequilibre económicamente a las partes.

... en primera o única instancia, podría imponer las costas en la Sentencia o, en su caso en el Auto que resuelva recurso o incidentes, a la parte que sostuviera su acción o interpusiese los recursos con mala fe o temeridad; no rige, pues, el principio del vencimiento,...¹⁶³

Sin embargo, si es deber constitucional contribuir al gasto público y las unidades jurídicas de cada dependencia y entidad cuentan con la función (facultad) de defenderse a sí mismas (cuyos importes se sufragan del gasto público), entonces la autoridad no puede ni debe exigir el pago de costas ya que cuenta con un presupuesto previo para ello surgido de las contribuciones, sin que se cause daño patrimonial a la autoridad vencedora en juicio toda vez que el reconocimiento de validez de su acto traerá como consecuencia que esté re-legitimada para obtener el *quantum* versado en litigio.

b) En segundo lugar, no es legal limitar *a priori* el derecho de defensa ya que el primer párrafo del artículo 1 Constitucional prohíbe la restricción o suspensión de las garantías que protegen a los derechos individuales y sociales:

Artículo 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Y las únicas excepciones que contiene la Constitución para restringir las garantías son:

- i)* El artículo 29 Constitucional, cuando se declara el *Estado general de excepción* mediante acuerdo del Presidente de la República con los Titulares de las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos, la Procuraduría General

¹⁶³ *Ibidem*, p. 683.

de la República y aprobación del Congreso de la Unión por motivos de seguridad nacional y grave peligro o conflicto;

- ii) El artículo 39 Constitucional, cuando surge el *Estado individual de excepción*; y
- iii) El artículo 27 Constitucional, *por causas de utilidad pública*, esto es, expropiación.

Los dos primeros suspenden las garantías de forma temporal, y el tercero de forma permanente. No obstante, todos ellos requieren forzosamente una causa previa que lo justifique.

Una última peculiaridad, también negativa, de la técnica impugnatoria... aunque limitada a la impugnación en vía administrativa es la admisión común, hasta una jurisprudencia reciente, de la grosera y arcaica técnica procedimental de la *reformatio in pejus*. Esta técnica permite al órgano que conoce y decide el recurso agravar las sanciones del recurrente o de terceros no recurrentes... Se intenta claramente coaccionar de modo indirecto para que no se utilicen los recursos, presentado éstos como un riesgo adicional. La Administración ha abusado de estas técnicas... hasta grados no fácilmente imaginables... De nuevo encontramos enquistados en el seno del Derecho de las represiones administrativas elementos arcaicos premodernos, de una sorprendente vitalidad, y que resulta obvio que el Derecho Administrativo actual no puede amparar en modo alguno.¹⁶⁴

Por lo tanto, el apercibimiento *a priori* del artículo 6 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo es contrario a lo que indica el artículo 1 de la Constitución, y se vuelve ajeno al texto constitucional.

2.3.1.2. Presunción de legalidad del acto y carga procesal al particular

El artículo 42 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo sigue la inercia del artículo 68 del Código Fiscal de la Federación, y establece que el acto de la autoridad es presumiblemente válido y de obligación inmediata:

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo	Código Fiscal de la Federación
Artículo 42.- Las resoluciones y actos administrativos se presumirán legales. Sin embargo, las autoridades deberán probar los hechos que los motiven cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos que la negativa implique la afirmación de otro hecho.	Artículo 68.- Los actos y resoluciones de las autoridades fiscales se presumirán legales. sin embargo, dichas autoridades deberán probar los hechos que motiven los actos o resoluciones cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos, que la negativa implique la afirmación de otro hecho.

Lo mismo dice el artículo 8 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA):

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 201-202.

Artículo 8.- El acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso.

Para Eduardo García de Enterría esto se llama *autotutela declarativa*.

Todos los actos administrativos, salvo aquéllos a que expresamente la Ley se lo niegue, son ejecutorios; esto es, obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad... Por ello se dice que la decisión administrativa (<<decisión ejecutoria>> en la terminología francesa) se beneficia de una <<presunción de legalidad>> que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa... De esa <<presunción de legitimidad>> de las decisiones administrativas derivan una serie de consecuencias importantes:

a) La declaración administrativa que define una situación jurídica nueva crea inmediatamente esta situación,... El particular a quien afecte tal declaración administrativa resulta, desde el momento en que ésta se le notifica, titular del derecho o la obligación declarada por la Administración por la fuerza misma de la declaración.

b) La presunción de legalidad de la decisión es, no obstante, *iuris tantum* y no definitiva. No tiene, pues, el acto de la Administración el valor definitivo de una sentencia declarativa, de modo que es erróneo técnicamente hablar, como se ha hecho, de <<fuerza de cosa juzgada>>...¹⁶⁵

Eso explica suficientemente la razón de por qué, y a fin de restablecer el equilibrio, los efectos de la resolución determinativa deben ser diferentes para el fisco y para el sujeto pasivo. Eso se traduce en lo siguiente: mientras los derechos impugnativos del sujeto pasivo sólo se encuentran limitados por el principio de legitimidad del acto determinativo, la Administración queda vinculada al resultado a que se llegó; y si el acto fue notificado al determinado y reunió las condiciones esenciales para su validez (forma y competencia), la decisión determinativa tendrá efectos preclusivos para la Administración en cuanto a su evaluación de los elementos por ella conocidos al momento de determinar. Como se trata de una resolución no jurisdiccional, no podrá hablarse de “cosa juzgada”, pero sí, en un sentido parecido, de “cosa determinada”.¹⁶⁶

Lo cual nos lleva a concluir hasta este punto que los artículos 68 del Código Fiscal de la Federación y 42 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo indebidamente arrojan al particular no sólo la carga probatoria sino también la carga procesal,¹⁶⁷ es decir, la carga de iniciar un medio de defensa.

Concretamente, la <<presunción de legalidad>> del acto opera en tanto que los interesados no la destruyen, para lo cual tendrán que impugnarlo mediante las vías de recurso disponibles y justificar que el acto, en realidad, no se ajusta a derecho. Lo cual supone que, como regla general, en el proceso administrativo los ciudadanos quedan gravados con la carga de recurrir, de actuar como demandantes, para deshacer esa presunción previa de validez de que se beneficia la Administración, actuando ésta inconsecuencia, como demandada... Es, sin duda, el más formidable privilegio posicional de la Administración en sus relaciones con los administrados.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 514.

¹⁶⁶ Villegas, Héctor Belisario, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2002, pp. 427-428.

¹⁶⁷ Ello discurre de una interpretación errónea al principio de presunción de legalidad y validez de los actos administrativos, reforzando que es el particular quien debe acreditar la titularidad de sus derechos supeditado a la procedencia de su medio de defensa mediante la destrucción de la legalidad del acto de autoridad.

Conviene notar que el mecanismo expuesto, que desplaza la carga de accionar al administrado, no implica necesariamente un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba dentro del proceso. La jurisprudencia incurre con frecuencia en ese error, especialmente en materia sancionatoria, lo cual reviste alguna gravedad. La administración es titular de la carga de la prueba con normalidad en el plano material de las relaciones..., de modo que si la ha desatendido y no obstante ha dado sin prueba por probados determinados hechos la decisión que adopte será inválida... El administrado tendrá la carga de impugnar esta decisión y de justificar su ilegalidad, desde luego, pero para hacerlo le bastará con invocar la desatención de la carga de la prueba que incumbía a la Administración, argumento formal que no le grava a él en el proceso con la carga de hacer una prueba contraria, muchas veces, por lo demás (siempre que se trate de hechos negativos) virtualmente imposible.¹⁶⁸

La autotutela declarativa de que se beneficia la Administración desplaza, pues, la carga de accionar a la otra parte, gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su sola fuerza, alcanzan las decisiones administrativas, pero esto no implica que se dé un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, carga esta última que con normalidad corresponde a la Administración, incurriendo en un vicio legal y constitucional el acto que la desatiende en este supuesto.¹⁶⁹

Observamos que se altera la naturaleza de la defensa pues por ser un derecho debe surgir sólo por decisión de los particulares y no por lo que sugiera la Ley, recordando que la libertad es propia del particular y nunca anquilosada por las leyes.

No obstante, la inercia ha sido arrojar la carga de impugnación al particular frente a un acto de autoridad.

2.3.1.3. Cesación de eficacia del acto como neutralización sustancial

Los actos del particular pueden ser unilaterales o bilaterales, pero el acto de la autoridad administrativa siempre es unilateral pues la voluntad del particular no existe en su creación y contenido.

Por ello, el particular puede: *i)* adoptarlo; *ii)* no adoptarlo y combatirlo; o *iii)* adoptarlo en forma parcial y combatir la parte que considera ilegal.

En cualquiera de las últimas dos, si el particular lo impugna, debe solicitar la suspensión del acto pues de otra manera seguirá ejecutándose hasta lograr su objetivo, por lo que la defensa tiene como elemento principal la suspensión del acto impugnado.

Si comparamos los elementos del acto administrativo frente a los del acto particular, obtenemos que la suspensión neutraliza su eficacia, la cual constituye el tercer elemento del acto administrativo (junto a los elementos de existencia y validez)¹⁷⁰, distinción que se demuestra con el siguiente cuadro:

¹⁶⁸ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 510.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 511.

¹⁷⁰ Dicha neutralización no opera para actos del particular, salvo que en el uso de derechos-poder se establezca una cláusula –disponibilidad activa o pasiva– dilatoria o la naturaleza del acto postergue su efectividad.

Comparación del Acto Jurídico Civil y el Acto Jurídico Administrativo			
ACTO JURÍDICO (del particular)		ACTO ADMINISTRATIVO (de la autoridad)	
Elementos de existencia (Art. 1794 CCF)	a) Consentimiento b) Objeto	Elementos de existencia (Art. 38 I CFF)	Debe constar por escrito
Elementos de validez (Art. 1795 CCF)	a) Capacidad legal b) Ausencia de vicios del consentimiento c) Licitud en el objeto o fin d) Formalidad	Elementos de validez (Art. 38 II-V CFF)	a) La autoridad que lo emite debe ser competente b) El Funcionario que lo emite debe ser también competente c) Debe estar fundado y motivado d) Debe señalar el objeto o propósito del acto e) Debe contener la firma autógrafa del funcionario f) Debe identificar al contribuyente
		Elementos de eficacia (artículos 134, 135 y 137 del CFF)	Notificación mediante: a) Instrumentos de Ley y b) Actuaciones de Ley

De lo antes analizado, es importante señalar que existen dos tipos de neutralización:

Neutralización formal: aparece en la norma sustantiva para evitar que los deberes produzcan ruinosidad en la esfera jurídica del particular creada por la propia norma pues con éstos se reduce la carga establecida y así se evita la violación de derechos.

Pero antes habíamos aclarado que el derecho tributario material no sólo estudia hechos imponibles, sino que también comprende *otros hechos o situaciones* que son descritos hipotéticamente en otras normas de los ordenamientos tributarios, y que acaecidos en el mundo fenoménico, producen el peculiar efecto de *neutralizar* la consecuencia jurídica normal derivada de la configuración del hecho imponible, o sea, el mandato de pagar el tributo cuyos elementos de mensuración pecuniaria son también normativamente fijados. Esos hechos o situaciones que enervan la eficacia generadora del hecho imponible se denominan “exenciones y beneficios tributarios”. Tiene la virtud (a modo de metáfora tijera) poder “*cortar*” el nexo normal entre la hipótesis como causa y el mandamiento como consecuencia. En efecto, cuando se configuran exenciones o beneficios tributarios, la realización del hecho imponible ya no se traduce en el mandato de pago que la norma tributaria originariamente previó.¹⁷¹

Esta neutralización se logra con el principio de proporcionalidad comentado en el capítulo I, pues al generarse una carga impositiva la Ley crea derechos o elementos neutralizadores como son: las exenciones y las no incidencias (de efectos totales atinentes al principio de generalidad), así como las deducciones, el acreditamiento, las excepciones al porcentaje de las tasas (de efectos parciales, atinentes al principio de proporcionalidad) para evitar una

¹⁷¹ Villegas, Héctor, B., *op. cit.*, p. 289.

carga total sobre el haber patrimonial objeto de tributación, en donde la esfera jurídica creada es permanente pues aún con el pasar de los años el deber persiste.

Un ejemplo alterno lo es el servicio militar, cuya esfera jurídica se da con los 18 años, en donde la neutralización (o excepción) más común es algún impedimento físico. Para este caso la esfera jurídica es temporal pues pasados los 18 años cesa el deber.

Neutralización sustancial: aparece en las normas adjetivas y es la esencia de la suspensión del acto combatido en juicio, en virtud de la cual se neutraliza la eficacia del acto y evita la *autotutela ejecutiva* para que el acto materialmente no produzcan sus efectos hasta que la contienda iniciada llegue a sentencia y resuelva la legalidad/ilegalidad del acto o la procedencia/improcedencia de la defensa.

La neutralidad obedece a un equilibrio entre el poder del estado y la defensa de los particulares quienes pueden ser afectados por tal acto si no es suspendido. Por lo tanto, la suspensión neutraliza la eficacia del acto por cesación temporal de sus efectos.

Como ya sabemos, los recursos administrativos y contencioso-administrativos no suspenden de suyo la ejecución de los actos impugnados. Se trata de evitar con ello que la actividad de la Administración, orientada por principio a la satisfacción del interés general, pueda resultar paralizada, en perjuicio de este interés público, por la simple oposición de un particular. La aplicación rígida de esta regla general podría hacer ilusorio, sin embargo, el propio derecho de recurso que reconocen las Leyes a todo ciudadano, ya que, en muchos casos, la estimación *a posteriori* del recurso interpuesto no permitiría reconstruir la situación alterada por el acto recurrido. Por esta razón, para conseguir un cierto equilibrio entre los dos principios encontrados (la garantía del interés público y el derecho a una efectiva defensa de particular) la Ley estableció una excepción a la regla general facultando a la Administración y a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, según los casos, para suspender la ejecución de los actos recurridos...¹⁷²

No obstante, la suspensión sustancial en nuestro país discurre de una asunción a la legislación española cuya procedencia se supedita al otorgamiento de garantía suficiente a favor de la autoridad que emite el acto, en mimetismo del principio: *solve et repete*.

2.3.1.4. Otorgamiento de garantía, analogía del principio *solve et repete*¹⁷³

Las normas del procedimiento contencioso-administrativo en México, imponen al particular que ejercita su derecho de defensa, la obligación inmediata de otorgar garantía para la inejecución del acto combatido, lo cual implica que la defensa se supedita a la entrega de dicha garantía para asegurar la contienda a favor del Estado.

El proceso contencioso-administrativo sólo podría abrirse bajo la forma de proceso de impugnación de la validez de un acto administrativo ya efectivamente producido y para revisar *-ex post*, pues- su validez. La apertura del proceso contencioso-administrativo no

¹⁷² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Ramón-Tomás, *Curso de Derecho Administrativo* t I, Madrid, Ed.. Civitas, 2000, p. 588.

¹⁷³ Principio en Derecho, solventar y repetir posteriormente.

paralizará el desarrollo de la autotutela de la Administración, la cual podrá continuar ejecutando, como dictar nuevos actos consecuencia del mismo. Así se ha configurado el contencioso-administrativo y, aunque últimamente se ha rectificado la rigidez de este planteamiento..., subsisten en él rasgos esenciales del mismo: carácter predominantemente impugnatorio de actos y disposiciones dictadas por la Administración por propia autoridad y con efectos ejecutorios que sólo podrá suspender el Tribunal.¹⁷⁴

Tal disposición es una antinomia al derecho de defensa, pues es irregular que con su ejercicio surja una contra-obligación de garantía para evitar la ejecución de un acto que – además de todo- desde su nacimiento se presume legalmente válido (*autotutela declarativa y ejecutiva*), sin necesidad de ser aprobada por órgano jurisdiccional, lo cual emula al principio *solve et repete*.

Es necesario ahondar sobre este punto, profundamente arraigado en la mentalidad de los administradores y de ciertos tribunales que lo creen un auténtico basamento del derecho tributario e imprescindible para la supervivencia del Estado... La regla *solve et repete* significa que cualquier contribuyente que en contienda tributaria le discuta al fisco la legalidad de un tributo, previamente debe pagarlo.¹⁷⁵

Por último, el principio *solve et repete*. Frente a lo que suponía la antigua doctrina, no se trata de una aplicación de la autotutela primaria sobre el acto declarativo del crédito en favor de la Administración, pues este principio se limita a permitir la ejecución forzosa del crédito sobre el deudor que no cumple y a no dar efecto suspensivo de esta ejecución a la correspondiente impugnación; por el contrario, se trata de un reforzamiento de ese plano de autotutela con otra nueva, en virtud de la cual se condiciona la admisión de un recurso dirigido contra el acto declarativo del crédito a la efectiva satisfacción de éste, total o parcial. Es obvio que esto limita la posibilidad de impugnación a quienes tengan disponibilidades para ese pago, imponiendo una indefensión absoluta a quienes no se encuentren en esa situación.¹⁷⁶

En efecto, aún cuando la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo no pide el pago del adeudo combatido sino sólo la entrega de garantía suficiente, lo cierto es que es una erogación a favor del fisco, lo cual no ocurre en el caso de que la autoridad – eventualmente- sea demandante contra el particular. Más aún, corresponde a la autoridad la aceptación de la garantía de acuerdo al artículo 28 de la Ley antes comentada:

Artículo 28.- El demandante, podrá solicitar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, cuando la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución, cumpliendo con los siguientes requisitos.

I. Podrá solicitarla en la demanda o en cualquier tiempo, hasta antes de que se dicte sentencia, ante la Sala de conocimiento del juicio.

II. Acompañar copias de la promoción en la que solicite la suspensión y de las pruebas documentales que ofrezca, para correr traslado a cada una de las partes y una más para la carpeta de suspensión.

¹⁷⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Ramón-Tomás, *Curso de Derecho Administrativo* t I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 511.

¹⁷⁵ Villegas, Héctor Belisario, *op. cit.*, pp. 508-509.

¹⁷⁶ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* T. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 519.

III. Ofrecer, en su caso, las pruebas documentales relativas al ofrecimiento de garantía, a la solicitud de suspensión presentada ante la autoridad ejecutora y, si la hubiere, la documentación en que conste la negativa de la suspensión, el rechazo de la garantía o el reinicio de la ejecución, únicas admisibles en la suspensión.

IV. Ofrecer garantía suficiente mediante billete de depósito o póliza de fianza expedida por institución autorizada, para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que pudieran ocasionarse a la demandada o a terceros con la suspensión si no se obtiene sentencia favorable en el juicio contencioso administrativo.

Cuyas hipótesis de procedencia para la suspensión -todas ellas a favor de la autoridad- son:

- a) Cuando la autoridad ejecutora niegue la suspensión,
- b) Cuando la autoridad ejecutora rechace la garantía ofrecida, o
- c) Cuando la autoridad ejecutora reinicie la ejecución.

En la primera encontramos una facultad discrecional, en donde no existe seguridad jurídica al particular pues la autoridad demandada puede negar la suspensión.

En la segunda se advierte una nueva facultad discrecional con mayor grado, en donde la autoridad puede rechazar la garantía sin que la Ley establezca cuándo debe ser aceptada y cuándo no.

Finalmente, la tercera hipótesis prevé una actuación arbitraria de la autoridad consistente en que ésta reinicie la ejecución del acto, en donde se sugiere que la suspensión ya ha sido otorgada con anterioridad.

Todo ello constituye una antinomia constitucional ya que si el acto de autoridad cuenta –de acuerdo a las leyes fiscales- con dos elementos de seguridad: *autotutela declarativa* (presunción de legalidad y validez) y *autotutela ejecutiva* (la posibilidad de su ejecución sin necesidad de autorización judicial), entonces la obligación del particular para garantizar el monto combatido es más una seguridad a la autoridad que al derecho de defensa.

Asimismo, los requisitos para la procedencia de la suspensión se basan en: *i)* la aceptación de la garantía por la autoridad demandada; y *ii)* que la garantía otorgada sea suficiente.

El primero, es una nueva antinomia pues si la autoridad es demandada en el juicio pero de ella depende la aceptación de garantía, se convierte en unidad procedimental parcial. Unidad por erigirse como juez y parte pues acepta la garantía y además es parte demandada y Parcial por versar sólo respecto a la suspensión.

Además de que el artículo 28 nos lleva a pensar sólo en que el acto del particular debe ajustarse a la Ley –si otorga garantía- y ya no en el acto de autoridad combatido por no estar apegado a Ley. Por lo que ahora el particular, dentro del juicio, debe seguir pensando en apegarse al texto normativo para obtener el visto bueno –ahora- de los juzgadores para acceder a la defensa pues de no existir garantía, su demandada es aceptada más el acto sigue su camino hasta su total ejecución, lo cual a su vez producirá el sobreseimiento.

Y si bien existe una jurisprudencia por contradicción de tesis de mayo 2007 bajo el rubro RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS¹⁷⁷, lo cierto es que éste sólo se refiere a la excepción del principio de Definitividad que rige en Amparo¹⁷⁸ acorde al *contrario sensu* del artículo 73 fracción XV, primer párrafo de su Ley:

Artículo 73.- El juicio de amparo es improcedente:...

XV.- Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley.

Esto es, la jurisprudencia sólo nos devuelve a la universal inclusión y confirma que dado que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé más requisitos para

¹⁷⁷ Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007 Página: 1103 Tesis: 2a./J. 56/2007 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS. Del examen comparativo del citado precepto con los artículos 124, 125 y 135 de la Ley de Amparo, se advierte que se actualiza la excepción al principio de definitividad prevista en la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, en virtud de que el artículo 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo establece mayores requisitos para conceder la suspensión del acto reclamado que la Ley de Amparo, a saber: 1) circunscribe la posibilidad de solicitar la medida cautelar a los supuestos en que la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución; 2) obliga al solicitante a ofrecer, en su caso, las pruebas documentales relativas al ofrecimiento de la garantía, a la solicitud de suspensión presentada ante la autoridad ejecutora y, si la hubiere, la documentación en que conste la negativa de la suspensión, el rechazo de la garantía o el reinicio de la ejecución; 3) obliga a ofrecer garantía mediante billete de depósito o póliza de fianza, para reparar los daños o indemnizar por los perjuicios que pudieran causarse a la demandada o terceros con la suspensión si no se obtiene sentencia favorable en el juicio -debiendo expedir dichos documentos a favor de las partes demandadas-; 4) constriñe a exponer en el escrito de solicitud de suspensión, las razones por las cuales se considera que se debe otorgar la medida cautelar y los perjuicios que se causarían en caso de la ejecución de los actos cuya suspensión se solicite; 5) condiciona el otorgamiento de la suspensión a que, sin entrar al fondo del asunto, se advierta claramente la ilegalidad manifiesta del acto impugnado; y, 6) establece que se otorgará la suspensión si la solicitud es promovida por la autoridad demandada por haberse concedido indebidamente. En ese tenor, al actualizarse la excepción al principio de definitividad aludido, es factible acudir directamente al juicio de amparo sin agotar previamente el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

¹⁷⁸ El cual señala que dicho juicio procedente sólo si se han agotado las instancias previas que le anteceden.

la suspensión del acto combatido que la Ley de amparo, entonces procede éste último juicio y no el juicio de nulidad. No obstante, el artículo 28 comentado sigue firme y válido dentro de nuestro sistema procedimental pues la jurisprudencia citada no versa sobre su constitucionalidad. Por ello, dicho criterio no constituye un *novum* o remedio a la antinomia comentada.

En resumen, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo desdeña la doctrina clásica comentada de Eduardo García de Enterría quien no ve a la suspensión como algo supeditado a la decisión de la autoridad demandada (juez y parte), sino como una figura que procede en dos casos:

- a) Cuando la ejecución pueda causar perjuicios de difícil o imposible reparación; o
- ii) Cuando la impugnación se funde en alguna causal de nulidad de pleno derecho.

El primero de ellos es reconocido en México por la fracción II del artículo 123 de la Ley de Amparo¹⁷⁹ pero sólo para ese juicio más no para el juicio de nulidad, y el segundo simplemente no existe en nuestra legislación, con lo que se robustece el estado de poder y la falta de fuerza del derecho de defensa.

2.3.1.5. Actos ilegales no invalidantes

La doctrina de ilegalidades no invalidantes –arrogada en nuestra legislación por criterios jurisprudenciales¹⁸⁰ - discurre en dos sentidos en nuestro país;

¹⁷⁹ Artículo 123.- Procede la suspensión de oficio:...

II.- Cuando se trate de algún otro acto, que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

¹⁸⁰ No. Registro: 180,210 Tesis aislada Materia(s):Administrativa Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XX, Noviembre de 2004 Tesis: I.4o.A.443 A Página: 1914

ACTO ADMINISTRATIVO. SU VALIDEZ Y EFICACIA NO SE AFECTAN CON MOTIVO DE "ILEGALIDADES NO INVALIDANTES" QUE NO TRASCIENDEN NI CAUSAN INDEFENSIÓN O AGRAVIO. Si la ilegalidad del acto de autoridad no se traduce en un perjuicio que afecte al particular, resulta irrelevante tal vicio, en tanto que se obtuvo el fin deseado, es decir, otorgar la oportunidad al gobernado para que ofreciera pruebas y alegara lo que a su derecho conviniera. En consecuencia, es evidente que no se dan los supuestos de ilegalidad a que se refiere el artículo 238, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, ya que no se afectaron las defensas del particular, por lo que al no satisfacerse las condiciones legales para la eficacia de la ilegalidad en comento, resulta indebido, en el caso, declarar una nulidad cuando la *ratio legis* es muy clara, en el sentido de preservar y conservar actuaciones de la autoridad administrativa que, aunque ilegales, no generan afectación al particular, pues también debe atenderse y perseguir el beneficio de intereses colectivos, conducentes a asegurar efectos tales como una adecuada y eficiente recaudación fiscal, lo que justifica la prevención, clara e incondicional del legislador, en el sentido de salvaguardar la validez y eficacia de ciertas actuaciones. Y es así, que el artículo 237 del Código Fiscal de la Federación desarrolla el principio de presunción de legitimidad y conservación de los actos administrativos, que incluye lo que en la teoría del derecho administrativo se conoce como "ilegalidades no invalidantes", respecto de las cuales, por supuesto, no procede declarar su nulidad, sino confirmar la validez del acto administrativo. Luego entonces, es necesario que tales omisiones o vicios afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada y que ocasionen un perjuicio efectivo, porque de lo contrario el concepto de anulación esgrimido sería insuficiente y ocioso para declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada.

a) El primero sentido es al tenor de la universal exclusión pues las causales de ilegalidad se encuentran previstas taxativamente en Ley, y por ende, las impugnaciones contrarias a tales causales de ilegalidad no son invalidantes.

En efecto, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo establece en su artículo 51, como causales de nulidad, las siguientes:

Artículo 51.- Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Así, toda contienda apoyada en supuestos ajenos a los enumerados (universal inclusión), no serán estudiados al dictarse sentencia por no encuadrar con la norma (universal exclusión).

Examinados ya los supuestos en que cabe reconocer virtud invalidante al vicio de forma, queda respuesta implícitamente la otra cara del problema: en todos los demás supuestos el vicio de forma carecerá de trascendencia anulatoria.¹⁸¹

b) El segundo sentido lo encontramos nuevamente en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en cuyo artículo 51 se establecen causales que confirman la validez del acto por “considerar” que no afectan las defensas del particular (como si tuviera varias) ni trascienden al sentido de la resolución impugnada:

Artículo 51.- ...

Para los efectos de lo dispuesto por las fracciones II y III del presente artículo, se considera que no afectan las defensas del particular ni trascienden al sentido de la resolución impugnada, entre otros, los vicios siguientes:

a) Cuando en un citatorio no se haga mención que es para recibir una orden de visita domiciliaria, siempre que ésta se inicie con el destinatario de la orden.

b) Cuando en un citatorio no se haga constar en forma circunstanciada la forma en que el notificador se cercioró que se encontraba en el domicilio correcto, siempre que la diligencia se haya efectuado en el domicilio indicado en el documento que deba notificarse.

¹⁸¹ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* T. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 650.

c) Cuando en la entrega del citatorio se hayan cometido vicios de procedimiento, siempre que la diligencia prevista en dicho citatorio se haya entendido directamente con el interesado o con su representante legal.

d) Cuando existan irregularidades en los citatorios, en las notificaciones de requerimientos de solicitudes de datos, informes o documentos, o en los propios requerimientos, siempre y cuando el particular desahogue los mismos, exhibiendo oportunamente la información y documentación solicitados.

e) Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsión a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.

f) Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos.

Así, el artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo establece la universal inclusión de primer y segundo nivel. De primer nivel porque nos dice, en sentido –aparentemente- positivo, lo impugnabile y de segundo nivel porque nos dice, en sentido negativo, lo inimpugnabile.

Sin embargo, los actos ilegales no invalidantes crean una antinomia intertextual pues si se exige que el acto administrativo cumpla con requisitos de legalidad, entonces los *vicios ilegales no invalidantes* sólo muestran la inefectiva de la impartición de justicia ya que equivale a decir que las autoridades pueden burlar la Ley y actuar con base a tales *vicios no invalidantes*, sin consecuencias de nulidad. Dicho en otras palabras, ¿para qué existe la Ley si la autoridad puede burlarla sin castigo de nulidad?

Posiblemente se puede pensar que lo que busca el artículo 51 es evitar el estudio de actos que no causan agravio al particular, no obstante, existe ya una causal para ello en la fracción I del artículo 8 de la Ley en estudio¹⁸², además de que el artículo 51 textualmente habla de “los vicios siguientes” e “irregularidades”, por lo que expresamente les reconoce su ilegalidad y pese a ello, son aún legítimos.

Sin olvidar que los incisos a) a f) del artículo 51 otorgan más facultades discrecionales a las autoridades ya que, en el caso del inciso f), deja en sus manos considerar a una prueba como idónea o no y por tanto puede dejar de valorarla sin castigo de nulidad.

Asimismo, permite a las autoridades no dar a conocer al contribuyente los datos aportados por terceros en una revisión (inciso e) si la resolución no se apoya en estos, al igual que les permite solicitar información y documentación de forma irregular pues basta con que el particular entregue la información a tiempo para que dicha irregularidad no produzca nulidad en el acto (inciso d), además de que el Código Fiscal de la Federación prevé multa y embargo precautorio al particular ante su omisión de entregar lo solicitado (artículos 85-I, 86-I y 145-A), sin dejar de lado que el plazo de revisión se suspende a favor de la autoridad hasta por seis meses (artículo 46-A-IV).

¹⁸² ARTÍCULO 8o.- Es improcedente el juicio ante el Tribunal en los casos, por las causales y contra los actos siguientes:

I. Que no afecten los intereses jurídicos del demandante.

Dado ello, se confirma el privilegio del fisco, y lo comentamos de la siguiente manera:

i) La hipótesis del inciso e) del artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo dice:

e) Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsión a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.

Aparentemente resulta lógico que no se afecte al particular si no se le da a conocer el resultado de una revisión de sus operaciones con los terceros que contrata si la resolución no se basa en las respuestas de tales terceros, sin embargo ¿qué sucede si es interés del particular que la información de esos terceros se tome en cuenta en la resolución final si en ella existen elementos a su favor?, desde luego se desdeña la garantía de audiencia, máxime el propio Código Fiscal de la Federación establece en su artículo 52-A que todo dato de terceros debe darse a conocer a los particulares sujetos a revisión, por lo que la hipótesis de acto ilegal no invalidantes atenta contra los derechos del particular.

ii) De igual forma, la hipótesis del inciso f) dice:

f) Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos.

La cual resulta ilegal ya que la falta de valoración de una prueba es causal de amparo directo, tal y como lo establece el artículo 158 de la Ley de Amparo:

Artículo 158.- ...

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a sus principios generales de Derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa.

Pues es una violación al procedimiento según la fracción XI del artículo 159 de la Ley de Amparo:

Artículo 159.- En los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del trabajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso:...

XI.- En los demás casos análogos a los de las fracciones que preceden, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda.

Razón por la cual, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo no debe diferenciar en qué casos las pruebas sí deben valorarse y en qué casos no pues cualquiera que sea la prueba debe estudiarse, aún para determinar el por qué no es idónea. Es decir, toda prueba debe valorarse independientemente de que sea idónea o no, pues ello sólo es

resultado de su estudio, lo que implica ya un análisis que no puede dispensarse a las autoridades.

Así, los actos ilegales no invalidantes buscan eliminar el ataque contra actos de trámite (e.g. citatorios, notificaciones y requerimiento de documentos), y reducen a combatir sólo actos definitivos en perjuicio del derecho de defensa.

Por lo tanto, carece de sentido que si un acto viola el sistema legal siga firme y no se anule por no causar agravio al particular, lo cual es inaceptable pues sólo demuestra incongruencia intertextual ya que el acto queda firme con posibilidades de aplicarse en futuras ocasiones.

Con ello, se confirma que el juicio contencioso-administrativo brinda beneficios a las autoridades y no a los particulares.

2.3.1.6. Facultad *extra petita*¹⁸³ del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Para entender la antinomia que arroja el artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo al derecho de defensa, es importante recordar que lo solicitado en juicio es la nulidad del acto combatido, ya sea lisa y llana o para efectos¹⁸⁴.

Sin embargo, pese a que es clara la petición del particular, el artículo 52 señala lo siguiente:

Artículo 52.- ...

En los casos en que la sentencia implique una modificación a la cuantía de la resolución administrativa impugnada, la Sala Regional competente deberá precisar, el monto, el alcance y los términos de la misma para su cumplimiento.

Tratándose de sanciones, cuando dicho Tribunal aprecie que la sanción es excesiva porque no se motivó adecuadamente o no se dieron los hechos agravantes de la sanción, deberá reducir el importe de la sanción apreciando libremente las circunstancias que dieron lugar a la misma.

En donde indebidamente se faculta al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para disminuir el monto de multas si la sanción es excesiva, lo cual va más allá de lo solicitado por el particular pues el juicio tiene como finalidad que el Tribunal se pronuncie sólo sobre la legalidad/ilegalidad de los actos combatidos para producir su nulidad más no para variar los actos que ni siquiera son emitidos por el Tribunal, lo cual atenta contra todo el esquema de legalidad en nuestro país.

En efecto, la Ley tributaria nacional prevé tres momentos de legalidad en materia administrativa:

¹⁸³ Más allá de lo solicitado en juicio por la parte demandante (*causa petendi*).

¹⁸⁴ Amén de la llamada nulidad difusa, por virtud de la cual, el Tribunal de la materia declara la nulidad del acto de autoridad, sin menoscabo de que ésta pueda realizar nuevamente dicha actuación en tanto sus facultades no hayan caducado o prescrito.

- *Pre-determinación*: que implica la parte legislativa en donde la norma, a través de textos, establece la conducta que del particular deónticamente se espera (permisión, prohibición u obligación);
- *Determinación*: que en la rama fiscal es la autodeterminación (artículo 6 del Código Fiscal de la Federación¹⁸⁵) en donde el propio particular realiza el cálculo de sus contribuciones para su ulterior entero al fisco federal; y
- *Post-determinación*: en donde la autoridad, a través de revisiones, corrobora el debido cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones fiscales, es decir, de la pre-determinación.

Con ello nos damos cuenta que el artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo ha facultado al juzgador para que también pueda post-determinar aquello que, en estricto sentido, no puede ser modificable pues su función sólo debe centrarse a decidir si la resolución es válida o inválida toda vez que el acto ya está emitido en los términos que está escrito.

Por tanto la sentencia debe limitarse a lo solicitado sin posibilidad de efectos extensivos, razón por la que la fracción VIII del artículo 14 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo señala que:

Artículo 14.- La demanda deberá indicar:...

VIII. Lo que se pida, señalando en caso de solicitar una sentencia de condena, las cantidades o actos cuyo cumplimiento se demanda.

Por lo que podemos concluir, como irregularidades al artículo 52 que:

a) Si el particular no ha solicitado la disminución de una multa sino su nulidad, entonces el Tribunal no puede decretarla pues no es lo solicitado. Además que la sentencia debe cumplir el principio de *congruencia externa*¹⁸⁶, es decir, resolver lo solicitado por el demandante (*causa petendi*) ya que de no ser así incurre en *plus petita*, *extra petita* o *minus petita* (dar de más, dar algo distinto o dar menos a lo solicitado).

La petición se plasma en los puntos petitorios de la demanda y es el marco de trabajo del Tribunal quien está impedido para pronunciarse sobre lo no solicitado (salvo cuestiones de

¹⁸⁵ Artículo 6o.- ...

Corresponde a los contribuyentes la determinación de las contribuciones a su cargo, salvo disposición expresa en contrario.

¹⁸⁶ Cabe recordar que la sentencia debe ser congruente externa e internamente, es decir, externamente respecto a lo solicitado por el accionante del juicio e internamente respecto a la identidad de las partes de la sentencia: resultandos, considerandos y puntos resolucivos, a fin de cumplir el principio de exhaustividad y congruencia que contempla el artículo 17 Constitucional.

orden público¹⁸⁷), como lo establece el cuarto párrafo *in fine* del artículo 50 de Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo:

Artículo 50.- ...

... No se podrán anular o modificar los actos de las autoridades administrativas no impugnados de manera expresa en la demanda.

En términos de Jürgen Habermas:

El Tribunal desata y vuelve a atar la gavilla de razones con la que el legislador legitima sus resoluciones, con el fin movilizarlas a favor de una decisión coherente del caso particular, que concuerde con los principios jurídicos vigentes; pero no puede disponer de esas razones de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita.¹⁸⁸

Por lo que es antinómico que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo faculte al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para pronunciarse sobre lo no dicho, lo que análogamente a la universal inclusión y universal exclusión puede mostrarse de la siguiente manera:

Lo solicitado por las partes	=	Universal inclusión
Lo no solicitado por las partes	=	Universal exclusión

No obstante, el legislador permite al Tribunal que decida en sentido distinto a lo pedido en beneficio del Estado de Poder pues con ello pervive el *quantum* combatido.

b) Si el particular deseara disminuir el importe de las multas, para ello existe el artículo 70-A del Código Fiscal de la Federación. Por tanto, carece de sentido lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo pues aún cuando aparentemente representa beneficio a los accionantes del juicio de nulidad, lo cierto es que favorece al Poder del Estado ya que el Tribunal, aún con la disminución que haga a la multa, de cualquier forma la deja firme.

c) Aunado a lo anterior, es de mayor gravedad que el artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo señale:

Tratándose de sanciones, cuando dicho Tribunal aprecie que la sanción es excesiva porque no se motivó adecuadamente o no se dieron los hechos agravantes de la sanción, deberá reducir el importe de la sanción apreciando libremente las circunstancias que dieron lugar a la misma.

Pues los motivos que dan lugar a la facultad del Tribunal para reducir el importe de la multa (cuando sea excesiva), son:

¹⁸⁷ A saber: *i*) incompetencia *ii*) ausencia total de fundamentación y motivación (tercer párrafo del artículo 51 de la LFPCA) e *iii*) inconstitucionalidad declarada por la SCJN a través de jurisprudencia (fracción I del artículo 76-Bis de la Ley de Amparo).

¹⁸⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 335.

- Que la multa no se motivó adecuadamente
- Que no se dieron los hechos agravantes de la sanción

Respecto al primero, es de señalar que si el acto no se motivo adecuadamente, entonces debe existir sentencia de nulidad para que la autoridad emita un nuevo acto que cumpla la “garantía de legalidad” y no para que el acto se reduzca y persista conforme a lo que el Tribunal subjetivamente piensa. Si el Tribunal puede reducir el monto de la multa entonces se robustece el estado de poder.

Además de que fundar y motivar no son un requisito meramente formal o convencional, sino requisito de fondo (*interna corporis* no *externa*) que hace referencia a la perfección del acto más que a elementos exteriores. Fundar y motivar no es expresar sólo un motivo o artículo de Ley sino formular una conclusión que incluya las razones plenas y suficientes del proceso lógico-jurídico que lo determinan, haciendo públicas las razones de hecho y de derecho en las que la autoridad apoya su decisión. Máxime que la fundamentación y motivación son cuestión de orden público que el Tribunal estudia *ex officio* de acuerdo al artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo:

Artículo 51.- ...

El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

Respecto al segundo es de señalar que si bien no se dieron los hechos agravantes que dan lugar a la multa, entonces ello quiere decir que los hechos fueron observados indebidamente por la autoridad y por tanto el acto se ubica en la fracción IV del artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo:

Artículo 51.- Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

Y es causa de ilegalidad, razón por la cual es inaceptable que un acto ilegal pueda subsanarse por el Tribunal mediante la reducción del monto de la multa, pues la causa que da lugar a su facultad de reducción es también causa de nulidad, con lo que se proscribe el principio de no contradicción en donde una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Por ello, podemos concluir que la facultad del Tribunal para reducir el monto de las multas pugna más por el Estado de Poder que por el Estado de Derecho pues robustece el Estado de Poder y reduce la fuerza del derecho de defensa.

2.4. *El juicio de amparo contra leyes*

Paradójicamente, el juicio de amparo surge como un sub-control del control inicial o control de segundo nivel cuya fórmula es simple atendiendo a las figuras deónticas que Ferrajoli establece de la siguiente manera:

En un sistema nomoestático, como es la moral y como sería un sistema de derecho natural fundado únicamente sobre principios de razón, las relaciones entre figuras deónticas son relaciones puramente lógicas: dado un derecho, o sea, una expectativa jurídica positiva o negativa, existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente; dado un permiso positivo, el comportamiento permitido no está prohibido y, por tanto, no existe la obligación correlativa; dada una obligación, no está permitida la omisión del comportamiento o libatorio, y por consiguiente, no existe el correlativo permiso negativo, mientras que sí existe el correspondiente permiso positivo.¹⁸⁹

Dado ello, la Constitución creó una institución de defensa para sí misma (contra actos de autoridades, sentencias o leyes):

Podríamos quizá, hacer un paralelo –no todo lo exacto que fuera de desearse– en este sentido: a) El amparo contra leyes, es el que protege contra *actos del Poder Legislativo*, b) El amparo-soberanía es el que reafirma y fortalece al *régimen federal*, c) El amparo-casación, es el que garantiza contra las *desviaciones del Poder Judicial*, y d) El amparo-garantías, el que defiende a la personas contra *actos del Poder Ejecutivo*,...¹⁹⁰

De esta forma, la Constitución descansa en elementos de legalidad que al ser transgredidos por actos (leyes, actos del poder judicial o actos administrativos) dan lugar a la defensa en seguimiento a la idea Aristotélica de *justicia correctiva*.

Analizaré ampliamente, en el curso de la teoría, la estructura de las diversas situaciones jurídicas y en relación con las relaciones deónticas que se dan entre sus titulares, las diversas técnicas y condiciones que aseguran su efectividad. Estas condiciones, podemos sin embargo afirmar desde ahora, no son otra cosa que las “*garantías*”, que por ello representan las figuras centrales de la teoría que trato de desarrollar. Esas garantías serán divididas, con relación al Derecho, en dos clases: por un lado las “*garantías primarias*”, las cuales consisten, en relación con las expectativas positivas y las negativas que... forman los contenidos de los derechos subjetivos, en las obligaciones y en las prohibiciones implicadas por ellos,..., por lo que hace a los sujetos en relación a sus titulares; por otro lado, las “*garantía secundarias*”, que consisten en las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de las sancionabilidad y de la anulabilidad generadas, como efectos específicos, respectivamente por los actos ilícitos y por los actos inválidos.¹⁹¹

Para restablecer el orden estipulado, el cual es una ficción del detentor de poder ya que el Derecho es espejo de la realidad creada pese a no ser realidad latente.

Eduardo Palladares argumenta que “las ficciones son conceptos elaborados por el legislador, por la jurisprudencia o por la doctrina, mediante los cuales se establece como verdad algo que está en pugna con la realidad, y a fin de hacer posible la aplicación de una norma jurídica o conjunto de normas jurídicas.”¹⁹²

¹⁸⁹ Ferrajoli, Luigi., *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 60.

¹⁹⁰ Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 103.

¹⁹¹ Ferrajoli, Luigi., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, Ed. Fontamara, 2006, p. 161.

¹⁹² Pérez Becerril, Alonso, *Presunciones tributarias en el Derecho Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2001, p. 30.

Sin embargo, el juicio de amparo se reduce a enderezar legalidades formales y no sustanciales pues la Ley que lo regula obliga a los juzgadores a actuar con base a lo ya expuesto por la Corte, sin posibilidad de hacer estudios novedosos (artículo 192 de la Ley de Amparo) además de que la decisión de asuntos novedosos son también trabajo exclusivo de la Corte conforme a su facultad de atracción.

La defensa que nos interesa estudiar aquí es aquella contra leyes, la cual adolece de diversas irregularidades que, de nueva cuenta, favorecen al Estado de Poder y no a los derechos individuales o sociales.

2.4.1. Inimpugnación por violación a derechos no reconocidos en la Constitución

La Ley de amparo establece en su artículo 116, fracción V (amparo indirecto), lo siguiente:

Artículo 116.- La demanda de amparo deberá formularse por escrito, en la que se expresarán:...

V.- Los preceptos constitucionales que contengan las garantías individuales que el quejoso estime violadas,...

Inercia que no sigue el artículo 166 (amparo directo), al decir en su fracción VI:

Artículo 166.- La demanda de amparo deberá formularse por escrito, en la que se expresarán:...

VI.- Los preceptos constitucionales cuya violación se reclame y el concepto o conceptos de la misma violación;

Pues el primero habla –quizá sin saberlo- de una garantía individual y el segundo se refiere al precepto constitucional violentado. No obstante, en cualquier sentido, se establece la exigencia de señalar el precepto constitucional proscrito por las autoridades, inercia que se sigue por respeto a la Constitución cuyo sentido surge del precedente sajón.

La idea de la Constitución como *supreme law of the land*, como se proclama en el artículo VI, Sección 2.a, de la Constitución de 1787, viene a su vez, de dos fuentes: del pactismo social, y sobre todo de LOCKE, que ve en un pacto social básico el fundamento de todo orden político y jurídico y la idea de un *higher law*, la idea de un Derecho Natural concebido como *fundamental law* y *lex legum*, idea que aportan los puritanos al suelo americano...

La idea de una supremacía jurídica de la constitución la hace prevalecer, pues, frente a las Leyes. Se entiende que los jueces están vinculados a la Constitución con una *higher, superior obligation* que respecto de las Leyes. El propio artículo VI, Sección 2.a, impone esa supremacía sobre las normas de los Estados miembros de la Federación. En 1803 la capital Sentencia *Marbury v. Madison*, obra del Juez Marshall, extenderá esa supremacía, como estaba insito en el propio concepto, a las Leyes federales mismas, es el origen de la *judicial*

review of legislation, llamada una historia fecunda y extensa, nunca interrumpida desde entonces.¹⁹³

Sin embargo, ¿qué sucede si un derecho no cuenta con garantía de Ley?

Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación.¹⁹⁴

En efecto, existen derechos no reconocidos en la Constitución por falta de garantía (lo que se denomina derechos difusos) pues la Constitución no establece garantías para todos los derechos ya que quizá considera que las que existe son suficientes, y por tanto, la defensa de derechos no garantizados es universal exclusión.

Como escribe muy acertadamente Michelangelo Bovero, decir que un derecho constitucionalmente establecido no existe sólo porque no han sido dictadas las leyes de desarrollo equivale a reconocerle al legislador el poder de hacer vana, de abrogar o en todo caso de derogar la constitución, ocultando así su violación.¹⁹⁵

Según esta tesis, en definitiva derechos y garantías se implicarían recíprocamente, de modo que un derecho formalmente reconocido pero carente de garantías sería simplemente un derecho inexistente.¹⁹⁶

... <<los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y sólo si también ellas se encuentran normativamente establecidas>>, por lo cual <<concurriendo las normas que disponen los derechos, sería absurdo negar la existencia de éstos, en vez de, más correctamente, negar la existencia de sus garantías en ausencia de normas que las predispongan>>... esos derechos establecidos en las constituciones de la segunda posguerra, se configuran (de hecho e indebidamente) como no tutelados, no tanto porque subsista algún deber correspondiente –un derecho por definición implica un deber-, sino, simplemente, porque ese deber no fue debidamente cumplido: pero, obviamente, un deber continúa existiendo aunque perdure su incumplimiento. Y se trata... de predisponer garantías idóneas de los derechos, es decir, de instituir y de precisar normativamente los deberes (las prohibiciones y las obligaciones) correspondientes a los derechos. Si el Estado no cumple con el primer deber, que Ferrajoli llama <<obligación de legislar>> ello provoca una laguna dentro de ordenamiento.¹⁹⁷

¹⁹³ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 101.

¹⁹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 43.

¹⁹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre el Derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 55-56.

¹⁹⁶ Ferrajoli Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 117.

¹⁹⁷ Michelangelo Bovero, *cit. pos.* Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 227-228.

Se confirma así que una impugnación sobre derechos no reconocidos es improcedente por inexistencia normativa (laguna primaria según Ferrajoli¹⁹⁸ o universal exclusión según Augusto Sánchez Sandoval) que lejos de subsanarse en Ley discurre en desatención.

Pues <<el discurso relativo a derechos fundamentales no está ligado a las decisiones que se toman en el procedimiento de producción legislativo, sino que queda preordenado a ese procedimiento y por encima de él. Esto significa que en ese discurso falta el favor de vinculación más importante para la argumentación jurídico-profesional en general, a saber, la ley simple, relativamente concreta en la mayoría de los casos. Su lugar viene a ocuparlo determinaciones o definiciones de los derechos fundamentales, muy abstractas, muy abiertas y cargadas de ideología>>.¹⁹⁹

Ejemplo de ello lo vemos con las visitas domiciliarias en materia fiscal, cuya duración máxima es de hasta doce meses según el artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 46-A.- Las autoridades fiscales deberán concluir la visita que se desarrolle en el domicilio fiscal de los contribuyentes o la revisión de la contabilidad de los mismos que se efectúe en las oficinas de las propias autoridades, dentro de un plazo máximo de doce meses contado a partir de que se notifique a los contribuyentes el inicio de las facultades de comprobación,...

Lo cual es notablemente un abuso del acto de molestia. Pese a ello, no existe garantía en la Constitución Mexicana que establezca una duración prudente a la invasión al domicilio tal y como sí lo hace con el derecho de petición al decir que la respuesta debe darse en un “breve término”.

Por lo tanto, si un particular quisiera combatir de inconstitucional el artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación no podría lograr una resolución favorable pues no existe garantía en que apoyar su instancia, con lo que se confirma que los derechos no garantizados son inimpugnables.

Pero esto no debe ser una postura final, pues en otros países si se ha abordado exitosamente este tema. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán ha dicho lo contrario.

El Tribunal Constitucional alemán abordó ofensivamente esta problemática (en una resolución del 14 de febrero de 1973) refiriéndose al artículo 20 sec. 3 de la GG: <<El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder el Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional>>. De lo que en definitiva se trata es de <<encontrar>> la solución correcta, elaborándola, como se dice después, en una <<argumentación racional>>.²⁰⁰

¹⁹⁸ Según Ferrajoli, son lagunas primarias por relación directa con las garantías primarias y son lagunas secundarias las que se relacionan con las garantías secundarias.

¹⁹⁹ Robert Alexy, *cit. pos.* Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 315.

²⁰⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 316.

Desafortunadamente en México no se pueden impugnar garantías no establecidas en la Constitución y por tanto, el legislador se ha valido –precisamente- de lo no escrito para normar facultades que refuerzan el Estado de Poder en contra detrimento de los derechos.

2.4.2. Garantismo y Constitucionalismo que se aplica en México

El garantismo coincide con el constitucionalismo pues ambos dependen recíprocamente para la efectividad de su objetivo.

Luis Prieto, a su vez, ha destacado con acierto el nexo entre garantismo y constitucionalismo, identificando en el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivación del <<deber ser>> constitucional impone al propio derecho positivo...: <<el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que condensan en los derechos fundamentales>>...²⁰¹

Argumento que demuestra cómo los derechos fundamentales son protegidos por normas constitucionales a través de garantías que reconocen su existencia y así, ambos se reconocen existencia y validez para la territorialidad en que son aplicados.

... el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos.²⁰²

Sin embargo, si en la subdivisión de los derechos fundamentales, los derechos humanos y públicos son *derechos-libertad* y los derechos civiles y políticos son *derechos-poder*, encontramos entonces que la violación a los primeros exige –según los criterios para la procedencia del amparo- que el particular forzosamente señale la norma que tutela su derecho para tener acceso a dicha instancia, lo cual es indebido pues la libertad –como derecho- discurre en dos sentidos: libertad negativa y libertad positiva.

La primera es predicado de la acción y la segunda predicado de la voluntad tal y como lo comenta Ferrajoli:

De hecho, la distinción entre derechos de libertad y derechos de autonomía se ha visto oscurecida por otra, igualmente importante pero distinta, entre *libertad negativa* y *libertad positiva*,... La libertad negativa, escribe Bobbio, es la libertad como <<no impedimento>> o <<no constricción>>, que es un predicado de la acción; la libertad positiva es la libertad como <<autodeterminación o autonomía>>, que es predicado de la voluntad. La primera es la libertad inmunidad o <<libertad de>>: <<el área>>, dice Berlin, <<el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado>>; la segunda es la libertad facultad o <<libertad para>>, consistente en <<ser dueño de sí mismo>>. Una es definida por Montesquieu como <<derecho a hacer todo lo que las leyes permiten>>. La otra es la definida por Rousseau como <<obediencia a la ley que uno se ha prescrito>>... La libertad negativa de que hablan

²⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 16.

²⁰² Carbonell, Miguel, comp., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 72.

Bobbio y Berlin –que, en sí misma, no es en modo alguno un <<derecho>> (subjetivo) sino ausencia de derecho (objetivo) hasta el punto de resultar ilimitada (<<salvaje>> como dice Kant) donde tal ausencia sea total, y de existir en cualquier caso, en cierta medida, incluso en el Estado más despótico- es, en realidad siempre limitable y, de hecho, muchas veces limitada por el ejercicio de los derechos de autonomía.²⁰³

Lo que igualmente es señalado por Robert Alexy:

Robert Alexy ha propuesta una clasificación que nos ayuda a entender su estructura... La clasificación consiste en tres tipos de derechos: *derechos a algo, libertades y competencias*... Los derechos a algo los divide Alexy en: a) derechos a acciones negativas o derechos de defensa y b) derechos a acciones positivas o derechos a prestaciones.²⁰⁴

Esto es, *libertad de y libertad para*, según Ferrajoli:

Distinguiré, precisamente a partir de su naturaleza de expectativas negativas (de no lesiones) o positivas (de prestación), los *derechos primarios*, pertenecientes a todos con independencia de la capacidad de obrar, en *derechos de libertad y derechos sociales*. Los primeros consistirán en derechos negativos o de inmunidad, es decir, en la expectativa de omisión de interferencias de los demás, distinguible a su vez en simples *libertades de*, como el derecho a la vida y la libertad personal, y *libertades para* (además de *libertades de*) como la libertad de prensa, de asociación y de reunión.²⁰⁵

Lo cual puede esquematizarse de la siguiente manera:

Tipo de libertad	Es:	Según Ferrajoli	Según Alexy	Son expectativas
Libertad <i>negativa</i>	Predicado de la <i>acción</i>	Libertad <i>de</i>	Derechos de <i>defensa</i>	Negativas (<i>no hacer</i>)
Libertad <i>positiva</i>	Predicado de la <i>voluntad</i>	Libertad <i>para</i>	Derechos a <i>prestaciones</i>	Positivas (<i>hacer</i>)

De lo que obtenemos que la exigencia de los tribunales para pedir que el particular señale la norma que tutela su derecho carece de sentido pues -tratándose de- la libertad negativa se exige ausencia de derecho objetivo por lo que jamás existirá norma en dicho sentido. No obstante, lo que sucede es que dichos tribunales caen en una estricta lectura de la Constitución y producen una crisis de legalidad que atenta las garantías de los particulares, esto es, incurren en una restringida comprensión del Estado Constitucional de Derecho.

... en los que los poderes públicos están además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*... producido en este último medio siglo con la subordinación de la legitimidad misma – garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez.²⁰⁶

²⁰³ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 302-304, 309.

²⁰⁴ Cruz Parceró Juan Antonio, *El lenguaje de los Derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, pp. 84-85.

²⁰⁵ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 294.

²⁰⁶ Carbonell, Miguel, comp., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 13, 18.

Pero el problema es que quien ha entendido mal el Estado Constitución de Derecho no ha sido –sólo- e legislativo, sino también el judicial. Esto es, si bien el constitucionalismo exige legalidad –no sólo formal sino también sustancial- a las normas secundarias que discurren de la Constitución y por ende, a las actividades de los poderes, ello no implica que se relacione con la libertad de los particulares, sino con el ejercicio del Poder, lo cual ha sido indebidamente entendido por los tribunales encargados de aplicar y hacer valer las leyes ante cualquier controversia.

Por ello decimos que quienes incurren en dicha restricción cognitiva del Estado Constitucional de Derecho no son los creadores de la norma (poder legislativo) sino – desafortunadamente- los simples aplicadores de ésta (poder judicial).

2.4.3. Interés jurídico y esfera jurídica

Aunado a lo anterior, es de aclarar que la defensa no sólo surge por la existencia de un derecho fundamental, sino también por violación a la esfera jurídica (basada en diferencias reales o positivas).

Las *diferencias* –sean naturales o culturales- no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los *derechos fundamentales*. Las *desigualdades* –sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*.²⁰⁷

Esto es, de la fórmula axiomática al derecho de defensa entendemos que éste surge por la concurrencia de dos elementos: ilegalidad y perjuicio. Sin embargo, jurisprudencialmente el perjuicio es crasamente identificado sólo como la afectación de un derecho subjetivo²⁰⁸ ya

²⁰⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 82.

²⁰⁸ Jurisprudencia Materia(s): Común Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Tomo: 60, Diciembre de 1992 Tesis: I. 1o. A. J/17 INTERES JURIDICO, NOCION DE. PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO. El interés jurídico necesario para poder acudir al juicio de amparo ha sido abundantemente definido por los tribunales federales, especialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Al respecto, se ha sostenido que el interés jurídico puede identificarse con lo que se conoce como derecho subjetivo, es decir, aquel derecho que, derivado de la norma objetiva, se concreta en forma individual en algún objeto determinado otorgándole una facultad o potestad de exigencia oponible a la autoridad. Así tenemos que el acto de autoridad que se reclame tendrá que incidir o relacionarse con la esfera jurídica de algún individuo en lo particular. De esta manera no es suficiente, para acreditar el interés jurídico en el amparo, la existencia de una situación abstracta en beneficio de la colectividad que no otorgue a un particular determinado la facultad de exigir que esa situación abstracta se cumpla. Por ello, tiene interés jurídico sólo aquél a quien la norma jurídica le otorga la facultad de exigencia referida y, por tanto, carece de ese interés cualquier miembro de la sociedad, por el solo hecho de serlo, que pretenda que las leyes se cumplan. Estas características del interés jurídico en el juicio de amparo son conformes con la naturaleza y finalidades de nuestro juicio constitucional. En efecto, conforme dispone el artículo 107, fracciones I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el juicio de amparo deberá ser promovido sólo por la parte que resienta el agravio causado por el acto reclamado, para que la sentencia que se dicte sólo la proteja a ella, en cumplimiento del principio conocido como de

que un ordenamiento legal puede afectar también una esfera jurídica, por lo que basta que una Ley cree o modifique elementos de ésta -sin tocar derechos- para ser impugnabile.

Ejemplo de ello lo encontramos, verbigracia, en las reformas anuales en materia fiscal, en donde la modificación al mecanismo y cálculo de una contribución a través de sus elementos impositivos, produce el efecto de mayor pago a los sujetos del mismo. Al ser la tributación un deber, sus Leyes no versan sobre derechos fundamentales o subjetivos pues crean esferas jurídicas para su pago. Así, la modificación a una Ley de ésta índole no *afecta* derechos sino la esfera jurídica pues las modificaciones causan el agravio.

No obstante, es costumbre en México que se señale -como requisito para la procedencia del juicio de amparo contra leyes tributarias- las garantías que considere violadas, desdeñando la esfera jurídica de la cual también los particulares son titulares, con lo que se robustece el postulado de Niklas Luhmann: “Resulta tentador, por lo tanto, concebir el sistema del derecho mundial no a partir de los derechos, sino a partir de las obligaciones.”²⁰⁹

Por lo que indebidamente se llama al juicio de amparo *juicio de garantías* pues lo cierto es que no sólo se combate el respeto a éstas sino también a principios, los cuales generan *esferas jurídicas*. Además de que en México indebidamente se denomina garantías tributarias a los principios tributarios pues la tributación es un deber y no un derecho, error que trasciende a la sentencia que se emite.

2.4.4. Inimpugnación de omisiones

Entendemos hasta este punto que las garantías constitucionales son individuales y sociales, en donde las primeras implican expectativas negativas (prohibición de lesión al particular) y las segundas expectativas positivas (actuación del Estado a favor de los particulares).

Por otro lado, los derechos de libertad también tienen un coste. La distinción teórica entre garantías negativas (de los derechos de libertad) y garantías positivas (de los derechos sociales) –unas consistentes en límites o prohibiciones de lesión, otras en vínculos u obligaciones de prestación- se refieren únicamente a la estructura típica de las dos clases de derechos.²¹⁰

Lo que se muestra en la siguiente forma:

PARTICULAR	ESTADO
Derechos	
Garantías	
Individuales - Negativas	→ expectativas negativas (<i>no hacer</i>)
Sociales - Positivas	→ prohibición de lesión → expectativas positivas (<i>hacer</i>)

relatividad o particularidad de la sentencia. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

²⁰⁹ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 657-658.

²¹⁰ Ferrajoli Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 114.

Haciendo hincapié en que las expectativas referidas son deónticas, normativas o contrafácticas y no cognitivas como les denomina Niklas Luhmann.²¹¹

... yo he querido distinguir entre ‘expectativas deónticas’, que sólo implican el deber de otros de hacer o no hacer aquello que es objeto de expectativas positivas o negativas, y ‘expectativas cognitivas’, consistentes en la creencia más o menos fundada de que sucederá no sucederá lo que es objeto de expectativas positivas o negativas...²¹²

Tenemos entonces que la conducta que debe cumplir el Estado, para el caso de las garantías individuales, es un *no hacer* y para las garantías sociales un *hacer*.

En atención a ello advertimos que toda conducta de signo contrario (positiva vuelta negativa y viceversa) es atacable a través del amparo quien al accionar tal instancia defiende asimismo el orden constitucional, es decir, la universal inclusión.

No obstante, la Ley de Amparo habla exclusivamente del juicio contra actos y no contra omisiones pues así lo expresa en diversos de sus artículos tales como los siguientes:

Artículo 1o.- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

II.- Por leyes o actos de la autoridad federal, que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados;

III.- Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.

Artículo 4o.- El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame,...

Artículo 116.- La demanda de amparo deberá formularse por escrito, en la que se expresarán:...

IV.- La ley o acto que de cada autoridad se reclame;...

Artículo 149.- ...

Las autoridades responsables deberán rendir su informe con justificación exponiendo las razones y fundamentos legales que estimen pertinentes para sostener la constitucionalidad del acto reclamado o la improcedencia del juicio

²¹¹ Las expectativas cognitivas son consecuencia de los impulsos del aprendizaje en tanto las expectativas normativas o contrafácticas no son dispuestas al aprendizaje pues su generalización –que produce seguridad al sistema- se logra a través de tres dimensiones: *a)* temporal, a fin de evitar desviaciones o decepciones; *b)* material, para evitar incoherencia o contradicciones; y *c)* social, para asegurarse en contra del disenso.

²¹² Ferrajoli Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 53.

Pues constantemente habla del *acto reclamado* sin defensa contra omisiones no obstante que su artículo 80 *in fine* prevé que la sentencia puede condenar a la autoridad a un *hacer* por violación a una conducta de carácter negativo:

Artículo 80.- La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

Pero el texto es solo idea ya que existen diversos criterios jurisprudenciales que establecen lo contrario²¹³. Así, por ejemplo, es común en la ciudad de México que existan manifestaciones en las vías públicas, cuyo reclamo al Estado -para guardar el orden y debida vialidad- es inimpugnable ya que tal reclamo implica una omisión (garantía social que exige *hacer* al Estado para garantizar la libre circulación).

En efecto, las garantías sociales, pese a encontrarse reguladas en la Constitución pierden eficacia en el amparo ya que su Ley no prevé el reclamo contra omisiones.

Al presente, el sistema jurídico padece la ausencia de una conciencia de riesgo. La razón de esto puede residir en el hecho de que existe, en general, un menosprecio por los problemas cronológicos; pero también podría ser el caso que los textos de decisión de los juristas no ofrezcan ninguna oportunidad de expresar inseguridad y una conciencia de riesgo, por lo que el jurista ha aprendido a producir únicamente aquellas informaciones que le resultan necesarias para la justificación de sus decisiones.²¹⁴

Con ello, se rompe el paradigma establecido (sin fundamento deontológico ni sociológico) de que la suspensión procede sólo respecto de actos positivos y no negativos.

Para concluir la caracterización de la suspensión en el juicio de amparo, conviene que precisemos algunos aspectos importantes de la suspensión.

²¹³ LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. Respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que se erige la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motiva, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado.

²¹⁴ Luhmann, Niklas, *op. cit.* p. 640.

A) La suspensión puede concederse respecto de actos positivos pues, implican una acción, un hacer, una obra que puede suspenderse. Por ejemplo, la devolución de un bien embargado a su dueño que ha sido privado de la posesión, es una orden de la autoridad responsable que se detendrá a efecto de la suspensión.

B) La suspensión no puede concederse respecto de actos negativos, pues éstos consisten en no hacer, en una conducta de abstención. Ejemplo: un gobernado solicita una licencia, la autoridad responsable no la concede. La suspensión no puede producir el efecto de que se conceda su licencia.²¹⁵

Pero no todos los actos autoritarios permiten, dada su naturaleza, que opere en cuanto a ellos la suspensión. Tales actos pueden ser positivos o negativos. Los primeros se traducen en una actuación, en una conducta activa, en un hacer o en un dar, actos éstos que pueden ser suspendidos; en tanto que los segundos constituyen una abstención, una inacción, un cruzarse de brazos de la autoridad, actos que no son suspendibles, a menos que se concediera que la suspensión puede tener la virtud de forzar a la autoridad a que actúe, consideración que sería errónea porque además de ser contraria a la esencia de la suspensión (detener, paralizar; no impulsar, no imponer una actuación) el reconocerle ese alcance equivaldría a darle efectos restitutorios, de los que carece por ser éstos propios de la sentencia de fondo. Aunque desde luego que si los actos negativos produjeran efecto positivos, éstos si serían susceptibles de ser suspendidos.²¹⁶

Aseveración que en nuestro punto de vista es errada pues se aboca exclusivamente a las consecuencias negativas al particular y no a la sociedad.

La eficacia del acto puede cesar temporalmente o definitivamente. La cesación definitiva puede tener lugar por varias razones: en unos casos el acto se extinguirá naturalmente por su total cumplimiento; en otros, por desaparecer los presupuestos fácticos que le servían de soporte, por vencimiento del plazo si estaba limitado en el tiempo o por concluirse la condición resolutoria si estaba sujeto a ella. La eficacia cesa, también definitivamente, como es natural, cuando se produce la anulación o la revocación del acto... La eficacia puede cesar también con carácter temporal, provisional o transitorio. En estos casos se habla de suspensión del acto,...²¹⁷

De lo citado vemos que erradamente se concibe a la suspensión como causa pero no como consecuencia pues suspender una omisión igualmente evita consecuencias en perjuicio de los particulares ya que una facultad no ejercida también afecta a la sociedad.

Volviendo al ejemplo del cierre de vías de comunicación por manifestaciones, encontramos que la omisión de las autoridades hace efectiva la molestia ilegítima que se causa con el cierre en perjuicio de los demás particulares con igual derecho de circulación, en donde el *no hacer* del Estado es reprochable pues se espera de éstos, en esos casos un *hacer*. Máxime si consideramos que un particular no puede ejercer fuerza sobre sus homólogos pues ésta sería ilegítima, y la única fuerza legítima corresponde al Estado por el poder que le confiere la población (artículo 39 constitucional) por lo que el particular requiere acudir a éste para salvaguardar el orden que la constitución establece.

²¹⁵ Arellano García, Carlos., *El juicio de amparo*, México, Ed. Porrúa, 2001, p. 887.

²¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, México, Ed. Themis, 2002, p. 110.

²¹⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 583.

La violencia del Estado se utiliza para apaciguar violencia que proviene de otros lados –con más o menos éxito, como se sabe, pero siempre en apoyo precisamente a dicha expectativa-. Al concepto de violencia se le une una autorreferencia negativa y consecuentemente una paradoja: la violencia debe servir para hacer abortar la violencia. En el concepto de fuerza pública está incluida la exclusión de violencia. El concepto en cierra lo mismo violencia incluida que violencia excluida y es por consiguiente un concepto paradójico.

Con el concepto de fuerza pública (o directamente traducido del alemán: violencia de Estado) se designa una solución de la paradoja. Esto conduce, en terminología actual, a la distinción violencia legítima/violencia ilegítima y postula la fuerza pública que su violencia es legítima. En esta medida la legitimidad pertenece a las características conceptuales de la violencia impuesta por el Estado –independientemente de cómo se le fundamente y de las controversias que surjan después-... Si no hubiera violencia ilegítima latente (o virtual) que se opusiera, tampoco habría violencia legítima por parte del Estado.²¹⁸

Por ello, el particular requiere apoyarse en el Estado cuyas acciones –como violencia- resultan legítimas: “el derecho sólo puede aspirar a ser un instrumento civilizador en la medida en que sea capaz de dar una respuesta asimétrica a la violencia.”²¹⁹

Así, la omisión (inimpugnable en amparo) afecta a los particulares y causa eficacia de los actos ilegítimos contrarios a sus derechos, además de que la inacción no sólo se produce en el plano político y social sino igualmente puede surgir ante efectos naturales (*e.g.*, omisiones ante una inminente inundación o erupción volcánica, ante una epidemia o una práctica económica desleal del extranjero²²⁰, entre otros).

Efectivamente, la omisión del Estado hace efectivo aquello que se desarrolla por pasividad. Por lo que la suspensión también debe proceder frente a expectativas positivas a fin de evitar un “cruzarse de brazos”.

Tal postulado es entendido, verbigracia, por la legislación española al establecer en los artículos 19.1.a), 25.2, 29.1 y 32 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998 lo siguiente:

Artículo 19.

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

Artículo 25.

1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden

²¹⁸ Torres Nafarrete, Javier, *Luhmann: la política como sistema*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 213-214.

²¹⁹ Ferrajoli Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 15.

²²⁰ Ejemplo de ello lo es el panel promovido por los Estados Unidos de América (evitando inacción del gobierno de dicho país), ante la imposición del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (IEPS) en México a la fructosa comúnmente obtenida por los productores nacionales a empresas de tal nación, por lo que el gravamen comentado desalentaba la obtención de fructuosa en perjuicio de los productores americanos; panel, cuyo resultado fue contrario a las medidas impositivas de nuestro país.

directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

Artículo 29.

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

Artículo 32.

1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

De lo que se advierte un campo de acción más amplio a los particulares, para defender sus derechos frente al Estado por inactividad de éste.

Rompiendo resueltamente con la tradición de limitar el recurso contencioso-administrativo a la técnica impugnatoria de actos cuya validez se cuestiona y que concluye, caso de resultar fundado, en una simple anulación de dichos actos, la nueva LJ de 1988 ha dado un paso capital para extender la garantía judicial ha hacer efectivo el sistema de la Administración prestacional, hoy dominante... Pero mucho más importante aún es la apertura del recurso directamente contra <<la inactividad de la Administración>> (art. 25.2), sin tener que formalizar el proceso como una impugnación convencional del acto, expreso o normalmente presunto, que sostenga tal inactividad. La pretensión procesal, la acción nueva aquí configurada, se dirige directamente contra el hecho mismo de la inactividad y se concreta en que <<el órgano jurisdiccional condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones>> (art. 32). El artículo 29 delimita el supuesto a aquellos casos en que <<la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo *esté obligada a realizar una prestación concreta* en favor de una o varias personas determinadas>>. Aunque la legitimación parece limitarse a <<quienes tuvieran un derecho>> a esa prestación en ese mismo precepto, no parece que pueda cuestionarse, para evitar un estrechamiento de esta importante vía, la regla general de legitimación del artículo 19.1.a) (<<personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo>>),...²²¹

Mientras que en México la omisión del Estado es ignorada por el legislador (pues así conviene al Estado de Poder), en España se otorgan medidas cautelares frente a omisiones conforme al artículo 129.1 y 136 de la Ley antes citada de dicho país:

²²¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t II, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pp. 78-79.

Medidas cautelares

Artículo 129.

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

Artículo 136.

1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

En términos de Eduardo García de Enterría:

Convendrá notar que a esta posibilidad nueva abierta por la LJ se añade la posibilidad de obtener medidas cautelares inmediatas de carácter positivo, incluidas en la fórmula general del nuevo artículo 129, medidas expresamente amparadas para este supuesto específico por el artículo 136.1, que ordena otorgarlas –regla general, pues- <<salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las circunstancias previstas en dicho artículo (29 y 30) o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero>>; obsérvese que para denegar la medida cautelar se exige algo más que el *fumus bonis iuris* contrario; se exige la <<evidencia>> manifiesta, pues, y no meramente aparente, de que no existe la situación jurídica para la que el recurrente pretende la tutela. Es el supuesto más enérgico de medidas cautelares en favor del recurrente previsto en la LJ.²²²

Llegando dicha legislación al extremo de otorgan tales medidas cautelares, incluso, antes de la interposición del recurso respectivo (artículo 136.2 del mismo ordenamiento):

Artículo 136.

1. ...

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

Situación inoperante en México pues si no existe combate contra omisiones, lógicamente no existen medidas precautorias contra éstas.

En conclusión podemos decir que en tanto la suspensión del acto de autoridad –prevista en Ley- evita la ejecución o continuidad de ejecución²²³ del acto reclamado, la suspensión de omisiones –no prevista en Ley- suspende las consecuencias de un acto/hecho que ya se está realizando (función correctiva) o la atención a situaciones que requieren un *hacer* del

²²² *Ibidem*, p. 79.

²²³ A fin de evitar que sea un acto consumado.

Estado para cumplir el Derecho-Prestación²²⁴ (función preventiva) por lo cual Alexy comenta, según la cita antes hecha, que es derecho a acciones positivas o prestaciones.

En tales circunstancias, lo ideal en México sería hablar de una *conducta reclamada* y no sólo de *acto reclamado* en donde el particular pudiera impugnar omisiones indicando la facultad no ejercida, bajo el entendido de que ésta fuese reglada y no discrecional pues la facultad reglada es la expectativa positiva que caracteriza a las garantías sociales.

Además, ese efecto protector ya no debe definirse solamente en términos negativos, es decir, como defensa frente a intervenciones indebidas, sino que funda también pretensiones a contar con garantías positivas.²²⁵

Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas y positivas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas.²²⁶

Se observa una falta de defensa para las garantías sociales que conduce a su eliminación.

2.4.5. Relatividad de la Sentencia como subcontrol de segundo nivel

El amparo contra leyes tiene alcance individual, es decir, *inter partes*, tal y como lo establecen los artículos 107, fracción II Constitucional y 76 de la Ley de Amparo:

Artículo 107. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:...

II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Artículo 76.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Contrario a otros países en donde el fallo protector tiene alcance general (como la propia Ley lo es), es decir, *erga omnes*. Así, el principio de relatividad ha sido interpretado por la doctrina de la Corte en forma exegética de la siguiente manera:

²²⁴ Y no sólo Derecho-Libertad o Derecho-Participación, es decir, la efectividad de los *derechos de autonomía* o *derechos-poder* referidos en el capítulo anterior.

²²⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 320.

²²⁶ Abramovich, Víctor y Curtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 36.

El principio que se examina constriñe, como claramente se advierte, el efecto de la sentencia que concede la protección de la justicia federal solicitada, al quejoso, de manera que quien no haya sido expresamente amparado no puede beneficiarse con la apreciación que acerca de la inconstitucionalidad del acto reclamado haya expresado el juzgador en la mencionada sentencia; es decir, que quien no haya acudido al juicio de garantías, ni por lo mismo, haya sido amparado contra determinados ley o acto, está obligado a acatarlos no obstante que dichos ley o acto hayan sido estimados a la Carga Magna en el juicio en el que aquél no fue parte quejosa.²²⁷

De la cita anterior advertimos dos paradojas iniciales a comentar:

a) La Ley tiene como característica fundamental ser general (indeterminación subjetiva) y abstracta (indeterminación objetiva).

Que se diga que la ley es general indica que o que no puede existir es una ley privativa –de aquéllas que están prohibidas por el artículo 13 constitucional-, expedida específicamente para una persona o grupo de personas concretamente identificadas, lo cual rompería con la igualdad de las personas frente a la ley. Únicamente se admite que estarán excluidas de la aplicación de la ley aquellas personas que no caigan dentro de sus postulados; pero para el resto de las implicadas *la ley siempre es general*.²²⁸

Pero la relatividad elimina su naturaleza general pues al ser declarada inconstitucional es inaplicable al particular favorecido y por tanto, deja de ser general.

Si se determina por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que una ley contradice a la Constitución,... en estos casos los efectos serán relativos, y sólo son beneficios para (algunos). A pesar de esto si se aplica esa ley inconstitucional (puesto que así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación,...), a todas las personas que no accionaron, que no se inconformaron, o que fueron torpes en su impugnación; dichas personas deben someterse sin pretextos a la ley inconstitucional. Bajo esta perspectiva tendríamos que llegar a la lógica conclusión de que esa ley no es general ni es abstracta porque se precisa individualmente a aquellas personas que no deben de acatarla...²²⁹

La Ley, por lo tanto, pierde su generalidad y bajo dicho contexto pierde también su naturaleza jurídica, lo cual se produce por el principio de relatividad.

b) La relatividad proscribire la universal inclusión pues sí sólo el particular impugnante se beneficia con la sentencia, la autoridad puede actuar en todos los demás particulares que no han sido beneficiados con la sentencia, y sus actos son duales legítimos/ilegítimos ya que se apoya en un mismo ordenamiento jurídico que ha sido declarado inconstitucional. Bajo dicha temática actúa –después de la sentencia- fuera de la universal inclusión.

Si el amparo tiene como finalidad proteger al particular y a la Constitución, entonces con la relatividad tal fin se bifurca: favorablemente para el accionante y ambivalente (favorable/desfavorable) para la Constitución pues la Ley –ahora- inconstitucional puede

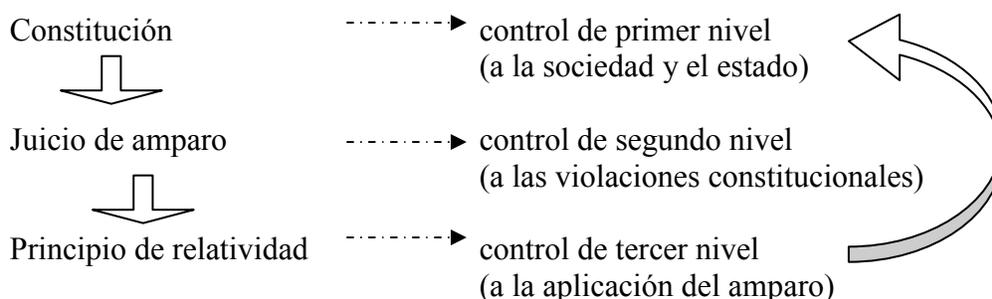
²²⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 33.

²²⁸ Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, México, Ed. Porrúa 2003, p. 16.

²²⁹ Castro, Juventino V., *El Artículo 105 Constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2001, p. 34.

aplicarse a los demás no amparados en disformidad normativa. Por lo tanto, el principio de relatividad puede entenderse, entonces, en dos sentidos:

i) El Principio de Relatividad como control de tercer nivel o subcontrol *ad extra*:

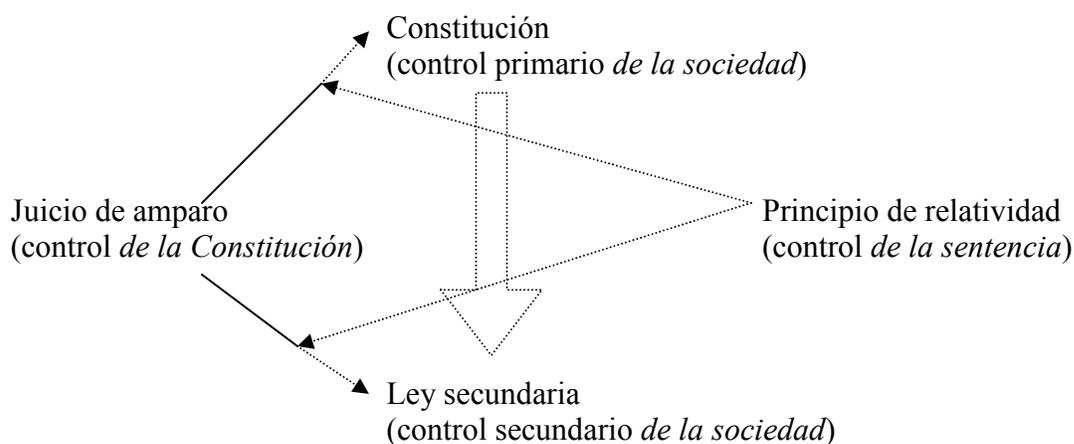


Es decir, la relatividad controla la aplicación *de la sentencia*, el amparo controla la aplicación particular *de la Ley* y la constitución es el *control superior*.

De esta forma, hasta el amparo concedido por la justicia federal contra una ley inconstitucional o violatoria de los derechos humanos, sólo protege a la persona que la impugnó, quedando vigente para ser aplicada por las autoridades, a todos los demás ciudadanos que no tuvieron el dinero para poder ampararse... Por eso en México, el amparo se ha convertido desafortunadamente, en un velo protector detrás del cual se esconden la sistemática actuación arbitraria de las autoridades y las normas jurídicas espurias, que transgreden los derechos ciudadanos e impelen al abuso de poder.²³⁰

El juicio de amparo protege las violaciones al control superior y la relatividad limita tal protección al accionante. El amparo es inmanente a la Constitución y la relatividad inmanente a la sentencia.

ii) El Principio de Relatividad como subcontrol paralelo/colateral de neutralización:



²³⁰ González Vidaurri, Alicia, *et al*, *op. cit.*, p. 131.

El juicio de amparo es control entre la Constitución y las leyes secundarias pues la sentencia favorable evita su aplicación en el particular vencedor. A su vez, la ley secundaria es control secundario por ser continuación del primario. En nuestro punto de vista la Ley es control secundario *formal* pues sólo consta en texto normativo, sin embargo su efectividad *sustancial* está supeditado a su contenido, el cual es analizado y juzgado en amparo.

El principio de relatividad neutraliza la efectividad de la sentencia porque se aboca a un solo particular y jurídicamente tutela los actos ulteriores de autoridad que se apliquen en los demás particulares. Es decir, en tanto los efectos son parciales para la sociedad (al abocarse sólo al accionante), los efectos son generales para el Estado pues sólo cuenta con *excepciones de aplicación* más pervive la *condición aplicativa*.

Para nosotros, por lo tanto, en puridad afirmamos que no existe *Amparo contra Leyes*; sólo existe un *estado de excepción*, que permite la no aplicación de la ley a una persona concreto que fue lo suficientemente hábil y diligente para apreciar por sí misma que el acto legislativo es contrario a la Ley Fundamental, y que se encuentra en una situación jurídica de privilegio frente a otros muchos omisos, cuando obtiene una sentencia de amparo favorable... No *hay amparo contra leyes inconstitucionales, sólo hay amparo contra la aplicación de esas leyes a un caso concreto, planteado por un individuo que fue lo suficientemente vigilante para exigirlo a la justicia federal.*²³¹

Por ende, el amparo produce sólo una cesación parcial ya que los demás particulares deben seguir aceptando la carga de la norma combatida, y por su parte, la autoridad continúa siendo “libre” para actuar conforme a la Ley inconstitucional sin sanción alguna con lo que se confirma que la relatividad favorece –una vez más- al Estado de Poder y no a las garantías de los particulares.

Por lo tanto, toda nueva aplicación de la ley inconstitucional está permitida. *Esta ley sigue teniendo plena validez.* Ninguna autoridad incurre en responsabilidades por nuevos actos de aplicación del ordenamiento jurídico opuesto ala Constitución Federal. Para quien pidió y obtuvo, la ley no le será aplicada; para quien no pidió, *la ley inconstitucional e obliga en todo su rigor.*²³²

A partir de esto, podríamos concluir que una norma inconstitucional debe cesar su aplicación arrojando efectos generales pues lo que se juzga es la ley y no el particular, y así la sentencia sigue la inercia del objeto impugnado y no del sujeto impugnante.

Empero es importante realizar una última anotación para corroborar lo dicho a partir del siguiente cuestionamiento: si una sentencia que declara la inconstitucional de una Ley tiene efectos generales, entonces una sentencia que confirma su constitucionalidad ¿debe igualmente ser *erga omnes* imposibilitando cualquier futura contienda a la misma?

Sobre el presente punto coincidimos con Eduardo García de Enterría, al decir:

²³¹ Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, México, Ed. Porrúa, 2003, pp. 18, 30.

²³² *Ibidem*, p. 18.

Primero, porque... el vicio de inconstitucionalidad determina una nulidad de pleno derecho y este tipo de nulidades no son nunca convalidables, que es a lo que equivale el sistema de cerrar el paso a ulteriores recursos incidentales. Segundo, porque tratándose... de un control <<abstracto>> de normas, al margen de todo conflicto de hecho entre las partes..., no puede aplicarse a la Sentencia absolutoria la técnica de la cosa juzgada (que se refiere siempre a una situación concreta e individualizada), sino la de interpretación de la Ley, materia en la cual nunca una Sentencia cierra el paso a otra ulterior, que pueda interpretar la misma Ley de manera distinta. Tercero, porque, en relación con lo que acaba de notarse, la fórmula legal equivale a consagrar de una manera rígida un riguroso *stare decisis*, que vincula al Tribunal a sus propios precedentes jurisprudenciales,...²³³

Esto es, la sentencia que confirma la constitucionalidad de una Ley por un argumento determinado, en obvia forma no trascenderá en otra contienda si tal argumento es sostenido repetidamente por nuestra Corte al grado de formar jurisprudencia. Pero ello en nada desdeña la oportunidad de combate por otros argumentos e incluso por el mismo punto si la jurisprudencia aún no ha sido conformada o si el punto es abordado por el particular desde otro ángulo que demuestre la inconstitucionalidad combatida.

Verbigracia, si se combate una norma por violar el principio de legalidad y por criterio de la Corte se dice que ello no es así, obvio será que toda contienda futura será improcedente si se insiste en ese punto. Pero si el argumento de la Corte sólo habla de la legalidad formal y no de la legalidad sustancial, se puede argumentar en nuevo juicio la inconstitucionalidad por violación al principio de legalidad sustancial y la Corte debe estudiarlo porque no ha sido resuelto ese punto.

Tanto en los casos individuales, como en el momento de su descubrimiento, estas razones deben estar referidas a una red de consideraciones que vienen en apoyo. El caso individual se debe ubicar en un contexto de decisiones: anteriores y posteriores. Esto puede acontecer a través de construcción de analogías o mediante distinciones: por ejemplo, considerando que el problema actual tiene un sesgo diferente a todo lo que hasta el momento se había pensado. Ambos casos (construcción de analogías, distinción), en la argumentación jurídica (que se diferencia de las teorías de reflexión), no tienen ante la vista la totalidad del sistema.²³⁴

Por lo tanto, la sentencia debe seguir la inercia de la Ley (general y abstracta) pues además de ser la ley el elemento puesto a estudio, la sentencia cubre dos fines:

- *Subjetivo*, porque protege al individuo que acciona el juicio; y
- *Objetivo*, porque protege al sistema legal en que existe la norma combatida.

Tal y como lo concibe, verbigracia, la doctrina y jurisprudencia española:

... se pretende a través del recurso lograr la tutela necesaria para restablecer la situación jurídica perturbada y también el orden constitucional, pues la doble naturaleza de los derechos fundamentales, subjetiva y objetiva, implica que su vulneración afecte no sólo a situaciones jurídicas subjetivas sino también al orden constitucional en su conjunto... Puede concluirse,

²³³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 167.

²³⁴ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, p. 413.

consiguientemente, que el recurso de amparo presenta un doble carácter: subjetivo y objetivo. Como ha señalado el propio Tribunal (STC 1/1981, de 26 de enero), la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades anteriormente referidos, cuando las vías ordinarias de protección resultan insatisfactorias. Sin embargo, junto a este designio,... aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular.²³⁵

Bajo dicha temática, si la norma es general y abstracta, la sentencia que declara su inconstitucionalidad debe producir la misma naturaleza: general y abstracta, y debe – incluso- publicarse en el Diario Oficial de la Federación como acontece con la Ley, pero desafortunadamente en México ello no acontece por el *inter partes* que impera en el principio de relatividad que favorece al Estado de Poder ya que bajo éste principio permite que las autoridades lleven a cabo otros actos en afectación del particular sin sanción alguna.

2.4.5. Proscripción del Estado al principio de relatividad

Existe, sin embargo, una incongruencia entre lo dicho por la ley y lo que acontece en la realidad, ya que el propio poder judicial ha proscrito abiertamente el principio de relatividad –con tal de beneficiar al Estado de Poder- en virtud del criterio 52/2002²³⁶, el

²³⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo., *El Derecho de Amparo en el Mundo*, México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 790-791.

²³⁶ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVII, Enero de 2003 Tesis: P./J. 52/2002 Página: 5 Materia: Administrativa Jurisprudencia. BIENES Y SERVICIOS SUNTUARIOS, EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE OTORGA EL AMPARO CONTRA EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DE LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN, QUE ESTABLECE UN IMPUESTO A LA ENAJENACIÓN CORRESPONDIENTE (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL PRIMERO DE ENERO DE DOS MIL DOS). Conforme al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto que regula un tributo implica la protección de la Justicia Federal respecto de su aplicación presente y futura; sin embargo, cuando se trata del amparo concedido contra la disposición que establece los elementos de un impuesto indirecto de traslado obligatorio, como lo es el impuesto sobre bienes y servicios suntuarios previsto en el artículo octavo transitorio de la Ley de Ingresos de la Federación, deben tomarse en consideración diversas particularidades que derivan del hecho de que ese tributo no impacta, necesariamente, en el patrimonio del contribuyente, productor o comerciante, sino en el de un tercero, consumidor final (sujeto pasivo material), quien al adquirir el bien o servicio paga el tributo, en tanto que el contribuyente (sujeto pasivo formal), por disposición de la ley, únicamente traslada y entera el impuesto al fisco federal. En esa tesitura, procederá la devolución del referido impuesto enterado al fisco en cumplimiento del fallo protector y, en términos de lo previsto en el artículo 22 del Código Fiscal de la Federación, siempre que se acredite ante la autoridad fiscal competente estar en uno de los supuestos siguientes: a) Cuando el contribuyente (sujeto pasivo formal) haya absorbido la carga tributaria con su propio peculio y, por ende, haya enterado el impuesto respectivo sin trasladarlo a los consumidores, b) Cuando el contribuyente haya trasladado y enterado la contribución y solicite la devolución directamente a favor de los consumidores finales perfectamente identificados que sufrieron la repercusión del tributo; y, c) Cuando el consumidor final o adquirente del bien o servicio de que se trate, haya obtenido resolución o sentencia firme del órgano jurisdiccional competente que le reconozca ese derecho. Por tanto, el comerciante o empresario, en las dos primeras hipótesis, y el consumidor final en la última, se encuentran legitimados para solicitar la devolución de las cantidades enteradas al fisco federal por concepto del impuesto a la venta de bienes y servicios suntuarios, con motivo de la concesión de la protección constitucional, la cual, además, dará lugar a que, en el futuro, cuando realicen la respectiva enajenación o prestación de servicios, no tengan la obligación de realizar el traslado correspondiente ni de cubrir el monto del referido impuesto.

cual, pese a reconocer la inconstitucionalidad del impuesto suntuario (existente en 2002) restringe la devolución de las cantidades pagadas por dicho impuesto a personas no contribuyentes (*sujetos económicos no sujetos legales*) ni contendientes en juicio.

Es decir, el propietario de un restaurante que promovió amparo para combatir -y en tanto pagó- el impuesto suntuario (sujeto legal) no puede beneficiarse de la sentencia que declara su inconstitucionalidad pues acorde al criterio 52/2002 sólo procede la devolución si el propietario acredita que efectuó el pago con su haber patrimonial o si identifica plenamente a sus comensales (sujetos económicos) para que a ellos se les entregue el *quantum* solicitado, ante lo cual, son beneficiadas aquellas personas que no promovieron el juicio y no el accionante de la misma, lo que evidentemente proscribe el principio de relatividad.

En efecto, personas ajenas a las promoventes del juicio de amparo no pueden ni deben ser beneficiadas por la sentencia de un juicio en el que no participaron, en atención al Principio de Relatividad. No obstante, el criterio de la Corte está escrito así para obstaculizar la devolución de cantidades que ilegítimamente recibió el fisco ya que identificar a todos los comensales es una tarea materialmente imposible pues es conocido que un restaurante o cualquier otro establecimiento comercial está abierto al público en general.

Además, el accionante del juicio es el sujeto legal del impuesto suntuario y no los terceros, quienes sólo son sujetos económicos, y por lo tanto es el primero de éstos quien merece la devolución (pues ante cualquier incumplimiento, la autoridad fiscal no hubiese actuado en contra de ellos sino en contra del contribuyente principal), por lo que si es titular de una esfera jurídica también es titular del resultado de la contienda pues esa es la esencia del principio de relatividad.

No obstante, dicha inercia fue reiterada por el Pleno de la Corte en la resolución al amparo directo en revisión 632/2003 en la cual se reconoció procedente aplicar la tasa del 0% de IVA para alimentos sólidos o semisólidos:

“... como ni en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma a la Ley del Impuesto al Valor Agregado, ni en el procedimiento legislativo, se advierte algún elemento que pudiera tomarse en cuenta para justificar ese tratamiento diferenciado a la enajenación de alimentos en estado sólido o semisólido respecto a aquél que prevé para la venta de alimentos en estado líquido, subsiste la violación a la garantía de equidad tributaria.

En tal virtud, al encontrarse viciado por inequidad el sistema del impuesto al valor agregado en cuanto a la enajenación de alimentos sólidos o semisólidos con respecto a la venta de alimentos en estado líquido, se impone revocar la sentencia recurrida y otorgar la protección constitucional para el efecto de que la Sala responsable emita una nueva sentencia en la que declare la nulidad de la resolución que recayó a la consulta presentada por la quejosa ante la autoridad fiscal para el efecto de que ésta emita otra resolución favorable a la peticionaria en el sentido de que no está sujeta a la obligación tributaria relacionada con el traslado y pago del impuesto al valor agregado que se genera con motivo de la enajenación de alimentos líquidos, determinación administrativa que deberá regirse por lo dispuesto en los artículos 34 y 36 Bis del Código Fiscal de la Federación y que de ninguna manera puede implicar que a la quejosa se le devuelva el impuesto que haya trasladado...

Ahora bien, por lo que se refiere al impuesto que ya ha enterado la quejosa como contribuyente del impuesto por la enajenación de jugos, néctares y concentrados de frutas y

verduras, se tendrá derecho a la devolución siempre y cuando acredite ante las autoridades hacendarias que esas cantidades salieron de su patrimonio y no fueron trasladadas a terceros.”

Además que el público en general (como ya se dijo) es difícil de identificarse en su individualidad. Por lo que no es legal desdeñar al contribuyente (sujeto legal) su derecho pues bajo dicho contexto sólo será sujeto de obligaciones pero no de derechos.

Así, la política recaudatoria es superior a todo contexto normativo en el que se ubican los derechos particulares, dando como consecuencia que el principio de relatividad sea negociable, robusteciendo el estado de poder.

La relatividad en México –por tanto- es tal respecto del promovente y no respecto de la Ley combatida lo que es indebido ya que no es el particular quien está sujeto a decisión jurisdiccional sino la Ley. El promovente del amparo es independiente de la norma, por lo que la sentencia favorable debe conceder efectos generales por la naturaleza del elemento juzgado y no por la naturaleza de su accionante.

De este segundo capítulo concluimos que:

- a) La defensa no es facultad sino un nuevo derecho que “se pone de pie” cuando otro derecho es transgredido y su fórmula es: defensa = ilegalidad + agravio;
- b) El recurso administrativo en México es nula defensa pues a su acto la propia Ley lo hace presumiblemente válido y de obligación inmediata, restando sólo su ejecución;
- c) Esta presunción es indebidamente entendida por nuestras leyes pues consideran que también implica que el particular arroge la carga procesal;
- d) A su vez, el juicio contencioso-administrativo restringe la defensa (como derecho) pues establece que una acción con fines dilatorios será castigada con el pago de costas;
- e) Tutela que los actos viciados de legalidad no sean nulos si no afectan la defensa del particular ni trascienden al sentido de la resolución, desdeñando al agravio, como elemento de la defensa, así como el hecho de que la defensa es un nuevo derecho distinto a aquél que se transgrede, por lo que es indebido considerar que “no se afecta la defensa” si es un derecho distinto por el que se causa agravio;
- f) La jurisprudencia nacional crasamente liga al interés jurídico con la existencia de derechos subjetivos -para el juicio de amparo- ya que la afectación no sólo puede ser a un derecho sino también a la esfera jurídica cuando la norma versa sobre obligaciones (verbigracia, normas tributarias en donde contribuir es un deber –dentro de determinada esfera jurídica- y no un derecho);
- g) Las omisiones de las autoridades no pueden combatirse en amparo porque la Ley sólo prevé la impugnación de actos, así como tampoco pueden combatirse derechos que no estén en la Constitución porque no podrá señalar qué artículo se viola;

- h)* El principio de relatividad rompe la naturaleza general de la Ley, por lo que no existe amparo contra leyes sino sólo casos de excepción, amén que las autoridades pueden seguir aplicándola sin responsabilidad alguna;
- i)* No obstante, la Corte ha establecido criterios que rompen dicho principio en perjuicio del particular pues favorece a terceros que no participaron en juicio;

Con todo lo antes expuesto, se advierte una serie de irregularidades en la defensa de los particulares que discurren a lo largo de todas las normas de nuestro país que robustecen el estado de poder; no obstante, como ayuda de reflexión de los aciertos o desaciertos de nuestro marco jurídico y la influencia económica y política de la sociedad mundial es conveniente cuestionar si los medios de defensa del particular operan de igual forma en la legislación de otros países. Lo cual será motivo de estudio en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

INCONSTITUCIONALIDADES: LA *JUDICIAL REVIEW* EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA

3.1. *Inconstitucionalidades en Estados Unidos de América*

3.1.1. La Declaración de independencia como norma fundante y la Constitución como norma fundamental en Estados Unidos de América.

Las acciones de inconstitucionalidad en todos los países tienen como estandarte a las Constituciones pues sin éstas no podría hablarse de antinomias de tal índole. Sin embargo, no siempre existió un elemento normativo común para un territorio determinado ya que con anterioridad existían diversas regulaciones regionales que producían falta de uniformidad.

El término de inconstitucionalidad surge con el presupuesto de un orden normativo máximo al que Hans Kelsen llamo *nomoestático* y refirió a las normas secundarias *nomodinámicas*.

A la norma cuya validez no puede derivar de otra superior la llamamos “fundamental”. Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden. Que una norma pertenece a determinado sistema de normas, a determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden.²³⁷

En tal virtud, la norma fundamental de una nación conocida como Constitución²³⁸, es aquella que deberá plasmar las ideas, valores y principios a seguir por sus habitantes, los cuales determinan su identidad tanto en el sentido formal o ético-político (todos iguales frente a la Ley) como en el sentido sustancial o deóntico (igualdad social).

Los valores son *cualidades* que se predicán (que alguien, o un grupo, predica) de ciertas cosas, personas o acciones. Además, suele afirmarse (Frodizi) que los valores presentan las características de *polaridad* (aparecen desdoblados bajo la forma de un valor positivo y su correspondiente valor negativo: bondad-maldad, verdad-falsedad, belleza-fealdad, justicia-injusticia...) y de *jerarquía* (los valores se dan en un orden jerárquico o tabla d valores, lo cual debería permitir, dentro de cada sistema de valores, evitar o resolver todo posible conflicto).²³⁹

Pero aún con el surgimiento de la Constitución, ésta no siempre fue considerada como texto normativo interactuante con las demás normas pues en tiempos pretéritos se consideraba sólo como texto programático o retórico no invocable en juicio por ser una simple recomendación de adopción optativa por los poderes de la unión.

²³⁷ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995, pp. 130-131.

²³⁸ Amén la referencia hecha por dicho autor entre norma fundante y norma fundamental, de la cual se retractara en los últimos años de su vida.

²³⁹ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Ed. Fontamara, 2007, p. 83.

La Constitución no era una norma jurídica invocable ante los Tribunales. El Tribunal Supremo, en sus Salas de casación, venía diciendo durante más de cien años que una infracción de la constitución por parte de una Sentencia de cualquier Tribunal de instancia, de cualquier especialidad (civil, penal, laboral), no constituía un motivo válidamente invocable a efectos del recurso de casación contra dicha Sentencia. A su vez, las Salas de lo contencioso-administrativo del mismo Tribunal Supremo repitieron incansablemente que tampoco una eventual infracción de la Constitución por la Administración determinada la invalidez del acto administrativo al que tal reproche pudiese ser hecho. La Constitución, simplemente, se repitió por todas las Salas del Tribunal Supremo, no era una norma jurídica que vinculase directamente ni a los sujetos públicos ni a los privados y que, por lo tanto, los Tribunales no debían siquiera consultarla para dictar sus Sentencias. Esta jurisprudencia con ciento cincuenta años, bien establecida y nunca puesta en duda, pretendía que la Constitución era simplemente una <<norma programática>>, esto es, la formulación (solemne, declamatoria, enfática) de un simple programa político, que luego cumpliría al legislativo, en cuanto a su traducción a verdaderas normas jurídicas eficaces, seguir o no, y en qué momento, con plena libertad. Esta doctrina se impuso con todas las Constitucionales de todos los regímenes (monarquismo restaurado o moderado, monarquía libera, repúblicas, franquismo). La Constitución organizaba y articulaba, por supuesto, los poderes supremos, pero estas normas no eran justiciables por sí mismas; en cuanto al resto de su contenido, se trataba de meras <<invitaciones>> al legislativo, el cual disponía de toda la latitud imaginable tanto para llevar a esa invitación a término, como también para contrariarla. Sólo eran invocables y, en último término, al cuerpo electoral correspondía arbitrar las diferencias sobre la fidelidad o la infidelidad a la Constitución, nunca a los jueces o Tribunales.²⁴⁰

Con el transcurso de los años, la norma fundamental –y no fundante- superó el esquema anterior arrojando grandes frutos como elemento primario de todo ordenamiento jurídico, sin desdeñar la idea kelseniana de norma fundante, pues en tanto ésta constituye un texto programático, la norma fundamental es la Constitución misma.

La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales... De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten.²⁴¹

La Constitución se erige como norma suprema y las disposiciones secundarias le obedecen no sólo en forma sino también en contenido pues la contravención con ésta produce su inconstitucionalidad, pese a que diversos países no prevean tal posibilidad, verbigracia Inglaterra, en donde la inconstitucionalidad es posibilidad nula.

Constitucionalmente, el Parlamento, como órgano legislador, tiene plena soberanía, consecuentemente un *Act of Parliament*, debe ser aplicado, sin mayores trámites, por los

²⁴⁰ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón., *Curso de Derecho Administrativo* t I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 99.

²⁴¹ Carbonell, Miguel, comp., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 18-19.

tribunales. El Poder Judicial nunca ha cuestionado esta situación y la razón de esto, según Eddey, se explica por un hecho histórico. En el siglo XVII, cuando se dieron los conflictos entre los reyes Estuardos y el Parlamento, los tribunales apoyaron la causa de este último, aceptando desde entonces su supremacía como órgano legislador, en tanto que el Parlamento, desde entonces, a su vez, también reconoció que sigue respetando la independencia de la judicatura. Consecuencia de lo anterior, es que, una vez aprobado, un *Act of Parliament*, ningún tribunal puede declararlo inconstitucional. Tal posibilidad no existe en Inglaterra, no está contemplado por el sistema legal. Con relación a la legislación, los tribunales se limitan a interpretarla cuando es necesario, para poder aplicarla al caso concreto.²⁴²

País que dentro de la tradición jurídica del *common law* es excepción puesto que no todos los países que comparten dicha tradición gozan de igual situación.

3.1.2. La inconstitucionalidad en Estados Unidos de América

Los Estados Unidos de América (EUA) – país con tradición del *common law*- se nombra en este capítulo como primer ejemplo de comparación de acciones de inconstitucionalidad con México, pues su Constitución fue asumida por la nuestra. Como segundo ejemplo se abordará la legislación española, igualmente asumida por México.

En los EUA se consolida la idea kelseniana de norma fundamental –pese al retiro de su postulado en los últimos años de su vida-²⁴³ ya que el texto programático de dicha nación es la Declaración de Independencia de la cual discurren los principios y valores que, de forma posterior y aún en la actualidad, se discuten en las contiendas cotidianas de tal nación. De esta forma, aún cuando dicho documento no interactúa con las normas secundarias del país del norte, sí resulta altamente vinculante por contener elementos fundantes al decir:

“Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”

De lo que discurren derechos inalienables o fundantes (no fundamentales):

²⁴² Mouran, Martha, *Una introducción al Common Law*, México, Ed. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 25.

²⁴³ “En otras ocasiones he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de volición en mi doctrina, la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición, sino que estaba presupuesto por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla, pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma debe ser el correlato de una voluntad. Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de volición ficticio [...] En una norma básica se concibe un acto de volición ficticio que realmente no existe.”. Witker Velásquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio, *Metodología Jurídica*, México, Ed. McGraw Hill, 2002, p. 181.

- a) La vida;
- b) La libertad; y
- c) La búsqueda de la felicidad.

Bajo dicho contexto, los EUA han determinado, mediante norma fundante, tres derechos igualmente fundantes (no fundamentales), y en seguimiento a ello, la norma suprema o fundamental retoma los valores, principios y derechos referidos por la Declaración de Independencia, cuyo último de los nombrados es de alta importancia para el país del norte pues determina la constitucionalidad de una ley.

... los hombres tienen el deber de obedecer la ley, pero también el derecho de seguir lo que les dicta su conciencia, si está en conflicto con tal deber.²⁴⁴

Además de ello, está también el juicio que cada individuo puede emitir desde su propia concepción de la moral que coincidirá o no (y, con cierta frecuencia, coincidirá sólo en parte) con la moral social. Por eso, aunque la Constitución recoja los estándares morales socialmente vigentes, ella no proporciona necesariamente las razones últimas de la argumentación, tanto si se trata de argumentaciones en el proceso de aplicación de las normas jurídicas, como en el de su producción. Las razones últimas, para cada individuo, no pueden ser otras que las que le dicta su propia conciencia moral.²⁴⁵

Razón por la cual cada individuo puede señalar ante los Tribunales la incongruencia de una Ley con los principios que pretende defender, por lo que las contiendas discurren más en un ámbito politológico que de metodología jurídica.

En Estados Unidos los constitucionalistas desarrollan su disputa en torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional, más bien desde puntos de vista politológicos que desde puntos de vista de mitología jurídica. En el discurso sobre la división del trabajo entre el Tribunal Constitucional y el legislador democrático las opiniones se dividen sobre todo en la valoración del proceso legislativo y en la cuestión de qué grado de racionalidad exige la Constitución a ese proceso, más que aún: de en qué puede y debe consistir esa racionalidad en general. Dentro de la teoría del derecho esta cuestión se trata, ciertamente, sobre el trasfondo de supuestos empíricos, pero siempre bajo el aspecto normativo de cómo en la tradición constitucional americana se ha entendido la problemática relación entre ambos poderes.²⁴⁶

Hecha la referencia anterior, corresponde ahora abordar la acción de inconstitucionalidad en los EUA, la cual se da con la *Judicial review of legislation*.

3.1.2.1. La judicial review of legislation

Con la sentencia al caso *Marbury vs. Madison* emitida por el juez John Marshall en 1803, surge la *judicial review of legislation* como equivalente del amparo contra normas en nuestro país. Dada la estructura jurídica de dicha nación, el concepto de Ley se amplía a diversos campos, no sólo el legislativo sino aún las órdenes de la administración pública²⁴⁷.

²⁴⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002, p. 280.

²⁴⁵ Atienza, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona, Ed. Ariel, 2007, p. 229.

²⁴⁶ Habermas, Jürgen., *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 340.

²⁴⁷ Las cuales, en términos de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, pueden ser de tres tipos: a) preventivas: de contenido prohibitivo, encaminadas a procurar un desarrollo de actividades privadas

En México y en caso todos los países con un sistema de derecho civil –romano, germánico y canónico- es entendido como “ley” únicamente el derecho emanado de los cuerpos legislativos. En cambio, en el concepto estadounidense se entiende en forma más amplia: no solamente las disposiciones legislativas, sino también las de la administración pública y, en especial, las normas creadas por los tribunales.²⁴⁸

Es decir, no sólo se hace referencia a las formas escritas de producción que discurren en el Derecho escrito, sino también a las formas escritas de constancia.

Por lo pronto, no hay que confundir la forma escrita de producción con la forma escrita de constancia; así, por ejemplo, todos los órganos colegiados producen sus acuerdos, salvo excepción muy singular, en forma verbal, sólo que tales acuerdos han de hacerse constar seguidamente con un acta levantada por el Secretario y aprobada por el colegio... Esta forma escrita de constancia basta para cumplir las finalidades antes expuestas, debiendo notarse que la formalización de la constancia es virtualmente definitiva, porque sólo muy excepcionalmente podrá investigarse la discrepancia entre la decisión y su reflejo escrito.²⁴⁹

Con ello, la *judicial review* avanza en los EUA bajo condiciones *sui generis* pues la redacción originaria de su Constitución contempló una connotación distinta.

La *judicial review*,... no surgió en los Estados Unidos con el propósito de proteger los derechos del hombre y su origen no es legislativo sino judicial. Surgió en el famoso caso de *Marbury vs. Madison*, que no se refería a la defensa de un derecho humano, sino a la contradicción entre una ley federal y las facultades de la Suprema Corte definidas en la Constitución.²⁵⁰

De lo que se advierten tres conclusiones previas a comentar:

a) La *judicial review* no surge como instrumento de defensa a los derechos fundantes y fundamentales, sino como instrumento para dirimir controversias entre las leyes secundarias (en sentido amplio) y la Constitución, lo cual corrobora la supremacía de la norma fundamental.

b) La *judicial review* no es fruto del poder legislativo, pues no proviene *a priori* de Ley – como el amparo lo es en México- sino que surge *a posteriori* por actividad del poder judicial, por lo que su fuente no es legislativa sino jurisdiccional.

La idea de una supremacía jurídica de la Constitución la hace prevalecer, pues frente a las Leyes. Se entiende que los jueces están vinculados a la Constitución con una *higer, superior*

que eviten peligros o riesgos; b) directivas: atinentes a encaminar la actividad privada hacia un cierto objetivo, crecientemente de intervención económica; y c) represivas: no en el sentido sancionatorio, sino tendiente a eliminar una situación ilegal ya consumada o los efectos derivados de la misma. Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Ramón-Tomás, *Curso de Derecho Administrativo* t II, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pp. 129-131.

²⁴⁸ Cabrera Acevedo, Lucio., *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 115.

²⁴⁹ García de Enterría Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón., *op. cit.*, p. 558.

²⁵⁰ Cabrera Acevedo, Lucio., *op. cit.*, p. 115.

obligation que respecto de las Leyes. El propio artículo VI, Sección 2.a, impone esa supremacía sobre las normas de los Estados miembros de la Federación. En 1803 la capital Sentencia *Marbury v. Madison*, obra del gran Juez Marshall, extenderá esa supremacía, como estaba insito en el propio concepto, a las Leyes federales mismas. Es el origen de la *judicial review of legislation*, llamada a una historia fecunda y extensa, nunca interrumpida desde entonces.²⁵¹

Sólo once de los cincuenta y cinco delegados de la Convención Constitucional, conforme a las notas de Madison, expresaron una opinión de indeseabilidad de la *judicial review*. No obstante, de aquéllos que así lo hicieron, nueve apoyaron la idea y dos se opusieron. Un delegado, James Wilson, argumentó que la Corte debía contar siempre con el poder de desincorporar cualquier ley federal o estatal injustificada. Asimismo, aproximadamente la mitad de los trece estados originales dieron opinión favorable a la *judicial review*.

c) En tal virtud, la *judicial review* no tiene sustento jurídico sino político que se demuestra con el poder del cual emanó (el cual sustancialmente no puede legislar).

Bajo dicho contexto es inercia inicial pensar, ante la falta de fundamento normativo, que la *judicial review* carece de legitimidad dado que los firmantes de la Constitución Americana no la incluyeron de forma expresa y por tanto, no existe dicha facultad para la Corte.

Uno de los problemas más importantes y discutidos de la Constitución estadounidense fue el de si los constituyentes crearon consciente e intencionalmente la facultad de la Suprema Corte de revisar las leyes tanto de la Federación como de los Estados. Esta facultad de revisar leyes, o *judicial review*, consiste en el poder de los tribunales y de la Suprema Corte de declarar nulas las leyes cuando estimen que son contrarias a la Constitución.²⁵²

Ante ello existen tres posturas:

i) La primera de ellas considera que la *judicial review* carece de fuerza jurídica pues los creadores de la Constitución no la consideraron, y en tal virtud, la Corte Suprema carece de tal facultad.

Ningún texto expreso de la Constitución otorga esta facultad a la Suprema Corte estadounidense; solamente estableció el principio de su supremacía y el de que todos los funcionarios debían jurar su cumplimiento, a pesar de que hubiese leyes en contrario.²⁵³

ii) La segunda, cuya inercia impera en dicha nación, es en el sentido de que al tratarse de una institución tan clara era innecesaria su inclusión expresa pues la sección 2 del artículo II de la Constitución la arroja por perlocución al señalar:

“SECCION 2.

El poder judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebraren bajo su autoridad; a todos los casos que afecten a embajadores y otros ministros y

²⁵¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón., *op. cit.*, p. 101.

²⁵² Cabrera Acevedo, Lucio., *op. cit.*, p. 67.

²⁵³ *idem*.

cónsules públicos; a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a todas las controversias en que los Estados Unidos sean parte; a las controversias entre dos o más estados; entre un estado y los ciudadanos de otro estado; entre los ciudadanos de diferentes estados; entre los ciudadanos del mismo estado que reclamaren tierras en virtud de concesiones hechas por diversos estados, y entre un estado o sus ciudadanos y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

El Tribunal Supremo tendrá jurisdicción original en todos los casos que afectaren a embajadores, ministros y cónsules públicos y en aquellos en que un estado fuere parte. De todos los demás casos antes mencionados conocerá el Tribunal Supremo en apelación, tanto sobre cuestiones de derecho como de hecho, con las excepciones y bajo la reglamentación que el Congreso estableciere”

Si la función del Poder judicial es impartir justicia, ello implica un todo sin límites, por lo que cualquier controversia que implique la participación de tal poder puede ser legítimamente juzgado por éste, incluyendo las leyes.

iii) La tercera establece que los creadores de la Constitución nunca consideraron que el conflicto entre leyes secundarias y la Constitución tuviera relevancia pues el Congreso jamás podría emitir legislación fuera de sus poderes o contraria a la norma fundamental²⁵⁴.

Derechos y deberes de este tipo,... no han sido incluidos en las Constituciones actuales sólo porque la ideología normativista dominante en la cultura iuspositivas ha supuesto apriorísticamente la efectividad de los mecanismos garantistas predispuestos por el estado de derecho para sancionar y remover jurídicamente el poder ilegítimo de las normas inválidas.²⁵⁵

De las posturas comentadas, la segunda ha imperado en la dinámica jurisdiccional de dicho país, lo que a la par robustece la fuerza de un poder ajeno al Ejecutivo y Legislativo, el cual busca el equilibrio que evite el abuso de los actos de ambos poderes pese a que la designación de ministros es realizada por el Ejecutivo Federal en términos de la sección 2 del artículo II de la Constitución de los EUA, para conciliar los intereses del Estado con los de los particulares y aún los desacuerdos interadministrativos.

La Suprema Corte de los estados Unidos ha sostenido que, para garantizar la realización de esos derechos naturales, el poder de hacer las leyes debe estar separado no sólo del poder de ejecutarlas, sino también del poder de revisar su conformidad con los principios jurídicos supremos sancionados por la Constitución de los Estados Unidos.²⁵⁶

Los tribunales inferiores también están legitimados para conocer de inconstitucionalidades a la par que realizan actividades de juzgamiento común, pues la sección 2 del artículo II de su Constitución no se refiere sólo a la Corte Suprema sino al Poder Judicial, por lo que cualquier tribunal puede aplicar la *judicial review* sin depender de la Corte Suprema, y permite a los tribunales inferiores dirimir inconstitucionalidades sin instancias previas.

En los Estados Unidos los tribunales estatales tienen jurisdicción para resolver problemas federales y los abogados pueden presentar ante un juez del orden común cualquier caso

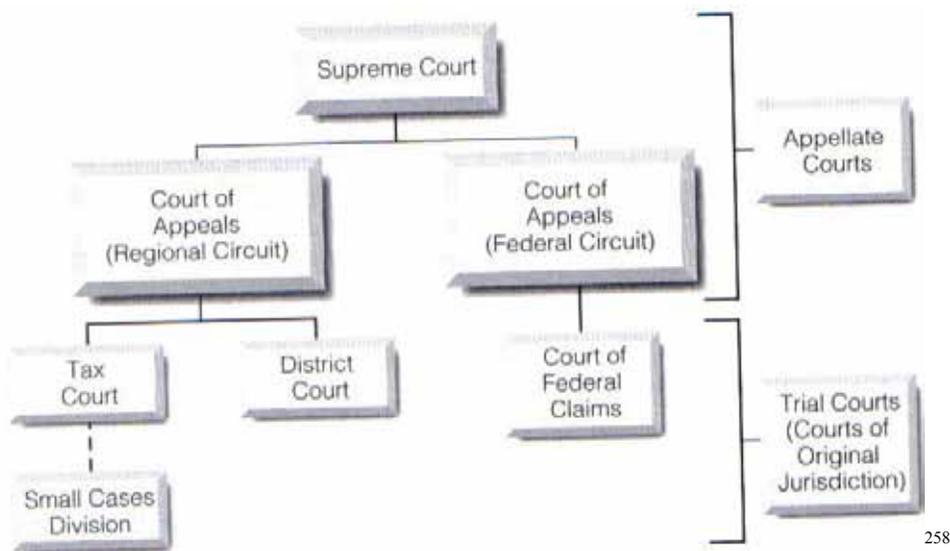
²⁵⁴ Cfr. <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.htm>

²⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 930.

²⁵⁶ Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 174.

relativo a leyes federales, incluyendo la Constitución federal. Los jueces del orden común de los Estados Unidos pueden por ello decidir: en primer lugar, cuestiones vinculadas a la Constitución estatal; en segundo lugar, casos relacionados a la constitucionalidad de leyes estatales o actos de los Estados que violen la Constitución federal; y, en tercer lugar, problemas de leyes federales que infrinjan la Constitución federal, siempre que el Gobierno de los Estados Unidos no sea parte en la controversia. Por lo tanto, todo tipo de cuestiones constitucionales puede ser resuelto por los tribunales estatales. Los tribunales federales de los Estados Unidos tienen una jurisdicción más limitada. Conocen exclusivamente de casos en que el gobierno de los Estados Unidos es parte, pero también, en forma concurrente, de todas las controversias que resuelven los jueces de los Estados.²⁵⁷

Para dejar esto en claro, se muestra un esquema del Poder Judicial en los EUA:



Se advierte una amplia actividad de los tribunales estatales, quienes dirimen cuestiones de inconstitucionalidad sin que exista obligación de envío a la Corte Suprema, pues ésta atiende asuntos más limitados dando al control difuso constitucional.

Lo importante es que existe un sistema difuso y disperso para que los tribunales estadounidenses resuelvan cuestiones de inconstitucionalidad. Pero ello no ha provocado anarquía en las sentencias sobre constitucionalidad, porque aunque el caso haya sido iniciado ante un tribunal estatal puede ser resuelto finalmente por la Suprema Corte de los Estados Unidos.²⁵⁹

Visto lo anterior, podemos hacer la comparación con nuestro país pues en tanto en los EUA la constitucionalidad de una norma puede ser estudiada por cualquier tribunal, en México el estudio compete exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),

²⁵⁷ Cabrera Acevedo, Lucio, *op. cit.*, p. 116.

²⁵⁸ Smith, James. E., et al, *West Federal Taxation An Introduction to Business Entities*, Ohio, South-Western, Thomson Learning, 2002, p. 2.12.

²⁵⁹ Cabrera Acevedo, Lucio, *op. cit.*, pp. 116-117.

Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) y Jueces de Distrito. El trabajo y las atribuciones se concentran en un sólo órgano sin control difuso pues el artículo 192 de la Ley de Amparo obliga a los juzgadores inferiores a resolver con arreglo a la jurisprudencia:

Artículo 192.- La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Los juzgadores inferiores se limitan a obedecer los criterios sin posibilidad de corregirlos, como jurisprudencialmente se reconoce²⁶⁰, haciendo evidente la supremacía de una Suprema Corte de Justicia de la Nación en México que denota centralismo en dicho poder, lo cual es una diferencia amplia con la dinámica estadounidense.

3.1.2.2. La living constitution

Para determinar si una Ley es inconstitucional debe interpretarse debidamente la Constitución pues sólo así es posible identificar si una norma es contraria a la Constitución.

La *living constitution* es una teoría de interpretación constitucional –y no integración– atinente a lograr que el texto de la Constitución sea dinámica y tenga un ajuste constante al progreso social para evitar inestabilidad de sus disposiciones.

²⁶⁰ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IX, Abril de 1999 Tesis: VIII.2o.50 A Página: 627 Materia: Administrativa Tesis aislada. TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN. CASOS EN QUE POR EXCEPCIÓN PUEDE CONOCER DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES O ACTOS ADMINISTRATIVOS. Conforme al sistema de competencias que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 103, 104, fracción V, 105, fracciones I y II, y 107, fracciones VII, VIII y IX, es facultad reservada al Poder Judicial de la Federación, el análisis de la constitucionalidad o no de las disposiciones legales, así como hacer la interpretación directa de los preceptos constitucionales, lo que excluye a otros órganos jurisdiccionales de esa competencia, dentro de los que se encuentra el Tribunal Fiscal de la Federación, ya que éste sólo puede llegar a la conclusión de que determinado acto administrativo o fiscal es inconstitucional en los casos de excepción siguientes: a) que la interpretación constitucional de los preceptos impugnados haya sido establecida previamente por los tribunales de amparo en tesis jurisprudencial, en cuyo caso, conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, el Tribunal Fiscal está obligado a acatarla, pero tal cumplimiento no implica en modo alguno interpretación constitucional, ya que únicamente se trata de la aplicación de la jurisprudencia, pues no está determinando motu proprio el alcance del precepto legal que se tilda como contraventor de la Carta Magna, sino que únicamente cumple con la obligación de acatar la jurisprudencia, lo que deriva en un aspecto de legalidad; lo anterior, siempre y cuando el criterio de la jurisprudencia sea aplicable exactamente al caso de que se trata, sin requerir de mayor estudio o de la expresión de diversos argumentos que los contenidos en la tesis relativa, pues, en tal caso, ya se está frente al análisis constitucional de la ley o artículo impugnados; y, b) cuando el análisis constitucional sea en relación a lo dispuesto por los artículos 14 y 16 constitucionales, pero únicamente refiriéndose a las violaciones procedimentales o formales, pues tal aspecto está permitido por el artículo 238, fracciones II y III, del Código Fiscal de la Federación, como una facultad ordinaria conferida al Tribunal Fiscal de la Federación con el propósito fundamental de controlar la legalidad de los actos administrativos. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Puede suceder que algunas normas ordinarias sean constitucionales al tiempo de su promulgación, pero con el tiempo ya no se ajusta a ella por los cambios sociales, políticos o económicos, los cuales han producido un cambio en la interpretación que confrontadas con normas constitucionales las tornan inconstitucionales. Existen en la Constitución ciertos conceptos o cláusulas abiertas que se presentan a cambios de interpretación de acuerdo a los nuevos tiempos.²⁶¹

La *living constitution* surge en dos formas:

- a) Pragmatismo: porque interpretar a la constitución con base a antiguas ópticas o puntos de vista es comúnmente inaceptable;
- b) Intencionalidad: bajo la creencia de que los creadores de la constitución redactaron un documento amplio y flexible, es decir, un documento “viviente”.

En sustancia, podemos acotar el presente punto entendiendo al *living constitution* como una forma de interpretación exclusiva de la Constitución, por considerarla un documento “vivo y respirante” que se mimetiza en todo momento a la realidad y dinámica de su entorno, quebrantando el paradigma expuesto por Niklas Luhmann de la sociedad y su Derecho como un sistema operativamente cerrado a su entorno:

Sustentados en el concepto general de los sistemas autopoieticos, partimos el hecho de que también el sistema de la sociedad en un sistema operativamente clausurado que se reproduce a sí mismo tan sólo con operaciones propias. Esto equivale a decir que no se encuentra en condiciones de ponerse en contacto con su entorno por medio de sus propias operaciones. Las operaciones sociales (esto es, las comunicaciones), no tiene el sentido de hacer posible los contactos entre el sistema y el entorno; su única utilidad consiste en mantener disponibles las condiciones para la continuación de las operaciones propias del sistema... Tomando este hecho como punto de partida, la sociedad no puede ser ya descrita, en el sentido de la antigua teoría de los sistemas, como un sistema que se adapta. Ciertamente, la comunicación en ella se da *a través* de un entorno, pero *no con él*;...²⁶²

Así, la *living constitution* confirma el postulado de la sociedad como sistema operativamente abierto, tal y como lo cita el propio Luhmann -previo a arribar su tesis del sistema cerrado-: “Todavía podemos leer: “*Clearly, society is an open system that seeks to achieve a steady state by means of progressive process of adaptation to its environment*”²⁶³”.

La *living constitution* rompe el sistema operativamente cerrado de Luhmann y pugna por el sistema abierto que da cabida a nuevas ideas, tecnologías, políticas y demás consecuencias de la dinámica social en donde el Derecho no sólo interactúa con sus propias reglas sino también con su entorno, característica principal del derecho anglosajón.

²⁶¹ Escobar Fornos, Iván, *Interpretación e Integración Constitucional*, Nicaragua, Ed. Hispamer, 2002, p. 154.

²⁶² Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 627-628.

²⁶³ *Ibidem*, p. 626 “Claramente, la sociedad es un sistema abierto que busca lograr un estado de estabilidad por medio de un proceso progresivo de adaptación a su ambiente”. tn.

Hoy no cabe duda ya del carácter vinculante para todos los Tribunales (y antes, por consiguiente, para todos los sujetos de derechos y obligaciones y para todos los poderes públicos) de las Sentencias del Tribunal Constitucional que, en cuanto interpretaciones de la constitución, se hacen, puede decirse, adventicias a ésta (aunque les falte la rigidez de la misma, obviamente; las interpretaciones de la Constitución que hace el Tribunal Constitucional puede corregirlas él mismo, corrección que es, por cierto, una de sus funciones, más relevantes, la de hacer de la norma suprema una *living Constitution*, adaptada a la variación social y de los tiempos, que ha sido uno de los aciertos de la Corte Suprema americana.²⁶⁴

La *judicial review* junto al *living constitution* crean una aporía pues si la sentencia de inconstitucionalidad arroja efectos *erga omnes*, surge la incógnita de saber a partir de cuándo es válido tal efecto y si lo es para todos los casos.

3.1.3. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad: *ex tunc*, *ex nunc* y la *greater restraint* en Estados Unidos de América

El efecto de inconstitucionalidad *erga omnes* arroja un problema entre el sentido retroactivo de nulidad y el sentido simple de anulabilidad, que no sólo atañe a la legislación en estudio sino también al resto de los países que lo adoptan:

Ex tunc: (“desde entonces”) se refiere a aquella nulidad de leyes retroactiva al momento de su dictado²⁶⁵ en donde el cuerpo normativo es expulsado de pleno derecho del marco en el que actúa reduciéndolo a la nada jurídica pues se tiene como no dictada (*quod ab initio nullum est nullum effectum producit*) e igual suerte corresponde a los actos derivados de ésta ya sea actos autoaplicados por el propio particular en obediencia al mandato de Ley o actos aplicados por las autoridades de la materia.

El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a declarar nula una norma o, lo que es igual, a anular la norma con fuerza retroactiva, de tal manera que los efectos jurídicos previamente producidos por ella resultan aniquilados. Esta situación es usualmente caracterizada –si bien en forma correcta– diciendo que la norma era nula *ab initio*, o que ha sido declarada “nula de pleno derecho”.²⁶⁶

Ex nunc: (“desde ahora”) se refiere a aquella anulación de la Ley efectiva al momento en que se dicta la sentencia que así lo declara, produciendo una virtual derogación sin retroactividad, y el poder judicial retoma el sentido de “legislador negativo”.

Ya sabemos que el vicio de inconstitucionalidad es un vicio de nulidad plena..., lo cual quiere decir que los efectos de la declaración serán, en principio, *ex tunc* y no *ex nunc*, esto es, referibles al momento en que la Ley nula se dictó (o, para las Leyes preconstitucionales en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, que es cuando en ellas se produce la <<inconstitucionalidad sobrevenida>>). Esta nulidad retroactiva de una Ley plantea problemas muy graves. Para eludirlos, y porque así correspondía a su cuidada construcción

²⁶⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 109.

²⁶⁵ En términos reales y prácticos en nuestro país, desde el momento de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, es decir, desde el momento en que resultó vinculante para los destinatarios de la misma.

²⁶⁶ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995, p. 189.

técnica, el sistema austríaco-kelseniano calificó los vicios de inconstitucionalidad como de mera anulabilidad y redujo los efectos de la Sentencia al momento *ex nunc* de su dictado, equiparándola así a una derogación –sobre lo cual se ha basado su calificación como <<acto de legislación negativa>>.²⁶⁷

Sin embargo, para el primer efecto comentado (*ex tunc*) surge una nueva aporía entre si los actos realizados antes de la sentencia aún existen o son igualmente inconstitucionales. La solución en los EUA a tal conflicto sigue el tópico pragmático del *living constitution*.

Desde este tópico se buscarán argumentos y contraargumentos que permitan determinar si la solución uno o la solución dos (S1 v S2), es la más probable desde el punto de vista de las consecuencias sociales como la óptima o la sub-óptima. Es decir, con este canon se buscará determinar si... el sentido más probable de la norma... tiene las consecuencias sociales mejores (Maxi-mas) o menos malas (Mini-max)...²⁶⁸

Se busca el equilibrio entre el mayor beneficio y el menor mal social (tanto para la población como para el Estado) y considera puntos de vista de la política recaudatoria, financiera, económica y social, entre otros.

Por ejemplo, una norma tributaria declarada inconstitucional –bajo el sentido *ex tunc*– produciría en la hacienda pública la obligación de devolver las contribuciones pagadas por todos los particulares –aún los no promoventes-. Previendo este riesgo, en los EUA se ha adoptado la *greater restraint*, con la cual, aún cuando la norma ha sido declarada inconstitucional sus efectos antes de la sentencia permanecen.

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional siguiendo en esto precedentes de otros Tribunales (la Corte Suprema americana desde 1965; el Tribunal alemán con la distinción entre <<mera inconstitucionalidad>> o <<incompatibilidad>> entre Constitución y la Ley, que lleva a la Sentencia a <<exhortar>> al Poder Legislativo a su reforma, e inconstitucionalidad con nulidad *ex tunc*; el Tribunal de Justicia de las Comunidades, Sentencia *Defrenne* de 1976; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia *Markx* de 1979), ha adoptado en su Sentencia de 20 de febrero de 1989, sobre inconstitucionalidad de la Ley del Impuesto General sobre la Renta por la obligatoriedad de la declaración conjunta de los cónyuges, la llamada <<doctrina prospectiva>>, que (por diferencia del criterio retroactivo) declara la nulidad de la Ley inconstitucional sólo pro futuro, conservando los efectos anteriores producidos en la aplicación de la Ley censurada. Esta doctrina la reitera en la Sentencia de 14 de diciembre de 1995, sobre la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 y en algunas otras. La doctrina <<prospectiva>> funciona de hecho como un estímulo a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, con la finalidad de que estas declaraciones de inconstitucionalidad no se traduzcan en catástrofes sociales y políticas si hubiesen necesariamente de proyectarse sobre miles y aun millones (como en los casos de Leyes tributarias) de actos dictados durante los largos años pasados en su aplicación. Intenta, pues, evitar como han notado los constitucionalistas americanos, la *greater restraint*, el más fuerte freno imaginable a la estimación de inconstitucionalidades.²⁶⁹

²⁶⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pp. 173-174.

²⁶⁸ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2003, pp. 343-344.

²⁶⁹ *idem*.

Por lo que la *greater restraint* es un límite al efecto de inconstitucionalidad de leyes aplicable sólo a determinados casos y cuerpos normativos atendiendo al tópico pragmático. La *greater restratint* se por el juzgador quien determina el alcance de la sentencia, por lo que es común escuchar que en dicho país la Ley no es más que lo dicho por los jueces.

Como conclusión al estudio del *greater restraint* y los efectos de inconstitucionalidad en los EUA, podemos compararlo con nuestra legislación, quien retoma el efecto *ex nunc* en la fracción III del artículo 105 Constitucional y el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad):

Artículo 105. ...

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

Artículo 45. ...

La declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

Vemos así que a diferencia de los EUA, en México la nulidad de leyes sólo surge *erga omnes* pero *ex nunc* por acción de inconstitucionalidad, en tanto la nulidad de leyes surge *inter partes* pero *ex tunc* para el amparo contra leyes, acorde al siguiente cuadro:

Vía de acción	Accionante	Efectos de la sentencia		
Acción de inconstitucionalidad	El Estado	<i>erga omnes</i>	<i>Ex nunc</i>	<i>greater restraint</i>
Amparo contra leyes	Persona/ciudadano	<i>inter partes</i>	<i>Ex tunc</i> ²⁷⁰	No aplica

Las diferencias de los efectos de la acción de inconstitucionalidad y el amparo contra leyes en México producen falta de uniformidad y desequilibrio inentendible pues el sentido de la sentencias es el mismo, además de que las leyes se aplican por igual a los particulares y al Estado, lo que hace aún más evidente el hecho de que en México existe un Estado de Poder

²⁷⁰ Lo cual ha sido corroborado con el siguiente criterio jurisprudencial:

Jurisprudencia Materia(s): Administrativa Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Enero de 2005 Tesis: 2a./J. 188/2004 Página: 470

AMPARO CONTRA LEYES FISCALES. OBLIGA A LAS AUTORIDADES RESPONSABLES APLICADORAS A DEVOLVER LAS CANTIDADES ENTERADAS. Conforme al artículo 80 de la Ley de Amparo y a la tesis de jurisprudencia 201, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo I, Materia Constitucional, página 195, con el rubro: "LEYES, AMPARO CONTRA, EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN.", el efecto de la sentencia que otorga la protección constitucional es restituir al quejoso en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación. En ese sentido, cuando se otorga el amparo contra una norma fiscal, el efecto de la sentencia será que dicha disposición no se aplique al particular y que las autoridades que recaudaron las contribuciones restituyan no sólo las cantidades que como primer acto de aplicación de esa norma se hayan enterado, sino también las que de forma subsecuente se hayan pagado, dado que al ser inconstitucional la norma, todo lo actuado con fundamento en ella es inválido.

robustecido con una la Ley rígida, a diferencia de los EUA en donde la norma es más amplia, flexible y con enmiendas residuales para su protección.

3.1.4. Asunción de la Constitución de Estados Unidos de América en México

Como parte final al estudio a la legislación de los EUA, tenemos la asunción hecha por nuestro país, lo cual históricamente es común pues las normas de algunos países se han elaborado en asunción a otros ya que un Estado de nacimiento reciente requiere apoyo de otras ideas como guía para evitar que la selección de realidad se afecte por los intereses y pasiones de quienes la construyen, llegado al extremo de confiar su creación a extranjeros.

Era costumbre en la mayor parte de las ciudades griegas confiar a los extranjeros la legislación. Las modernas repúblicas de Italia imitaron a menudo esta costumbre; la de Ginebra hizo otro tanto, y con buen éxito. Roma, en sus bellos tiempos vio renacer en su seno los crímenes de tiranía, y estuvo próxima a sucumbir por haber depositado en los mismos hombres la autoridad legislativa y el poder soberano.²⁷¹

Sin embargo, con el tiempo la asunción crea contingencias en virtud de las diferentes costumbres, culturas y usos de cada nación, además de que la tradición jurídica que opera en uno y otro país son distintas. En tanto los EUA arrojan el *common law*, México arroja el romano-canónico.

La Constitución Mexicana surge por asunción de la Americana, cuyo texto inicial es parcialmente mantenido hasta nuestros días lo cual crea un desajuste *ad extra* (formal y sustancial) pues la dinámica social de antes no es la misma que la actual que producen los riesgos expuestos en el capítulo I. Sin embargo, la asunción de las ideas americanas en nuestro país viene de inicio.

En marzo de 1823, Esteban Austin redactó en inglés un proyecto de constitución para la república mexicana, en el cual mezcló elementos de las dos leyes fundamentales citadas en el párrafo anterior (la constitución americana de 1787 y la constitución española de 1812). Austin propuso el sistema presidencial y estableció que se podría remover al presidente del cargo por violación a la constitución a las leyes, por malos manejos de fondos o por crímenes de alta tradición. En el proyecto se creaban las secretarías de estado y del despacho, como colaboradoras del ejecutivo.²⁷²

Y pervive hasta nuestros días, cuyos ejemplos formales más evidentes son:

i) El nombre “Estados Unidos Mexicanos” se identifica con el de nuestro país vecino: “Estados Unidos de América”, como lo indica el párrafo introductorio de su Carta Magna:

“NOSOTROS, LA GENTE de los Estados Unidos, para formar una unión más perfecta, establecer justicia, asegurar la tranquilidad particular, proveer defensa común, promover el bienestar general, y asegurar la bendición de la libertad a nosotros mismos y nuestra propiedad, ordenamos establecer esta Constitución de los Estados Unidos de América.”

²⁷¹ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 28-29.

²⁷² Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo veintiuno editores, 2004, p. 41.

En el hablar común se denomina a nuestro país “México” e igualmente a los EUA se les denomina “Estados Unidos”; sin embargo, para su población y países de Europa es llamado “América” en razón de su texto constitucional.²⁷³

El adjetivo “unidos” constituye complejidad y ulterior contingencia en nuestro país ya que en tanto la Constitución Americana prevé los objetivos de dicha “unión”:

- ✓ Formar una unión más perfecta
- ✓ Establecer justicia
- ✓ Asegurar la tranquilidad doméstica (particular)
- ✓ Proveer la defensa común
- ✓ Promover el Bienestar general
- ✓ Asegurar las bendiciones de libertad y propiedad

En nuestro país la palabra “unidos” se difumina sólo a su referencia sintáctica sin desarrollo normativo, lo que denota complejidad y contingencia por falta de objetivos.

ii) El nombre de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación deriva de una indebida traducción de la Constitución Americana.

Orientado por una errónea traducción del término anglosajón: *Supreme Court of Justice*, durante casi siglo y medio nuestro texto constitucional (y de allí las demás leyes secundarias) ha empleado el deplorable término “*Suprema Corte de Justicia de la Nación*” para designar al máximo tribunal del país, anteponiendo el adjetivo (suprema) al sustantivo (corte). Esta morfología deviene desatención franca a las normas sintácticas del idioma Español las cuales exigen, en la construcción atributiva del lenguaje (la función que desempeña el adjetivo cuando modifica al sustantivo dentro de un grupo nominal), colocar el adjetivo en posición inmediata al sustantivo e que depende... Así, por ejemplo, resulta impropio referirse a “la verde corbata” (*the green tie*, en inglés), como extraño resulta también, escribir “Suprema Corte de Justicia” (*Supreme Court of Justice*, en inglés). De haberse respetado por el creador de la disposición constitucional las normas gramaticales del idioma Español habría asignado a dicho órgano la denominación *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, del mismo modo que nos referimos a *la corbata verde*.²⁷⁴

Lo que robustece la indebida traducción de los textos aportados por Esteban Austin e igualmente se advierte en el artículo 49 al decir: “El Supremo Poder de la Federación”.

Por su parte, los ejemplos sustanciales de asunción de la Constitución de los Estados Unidos de América en la nuestra –comparativamente- son:

²⁷³ Por lo que “Norteamérica” sólo denota su referente geográfico más no normativo.

²⁷⁴ Calvo Nicolau, Enrique, *Comentarios a la Reforma Fiscal para 2005 y Acontecimientos Relevantes en 2004*, México, Ed. Themis, 2004, p. VII.

Constitución de los Estados Unidos de América	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
<p>Enmienda XIV Sección 1.</p> <p>Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.</p>	<p>Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.</p> <p>Artículo 14. ...</p> <p>Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.</p>
<p>Artículo I. Sección 9. ...</p> <p>Los Estados Unidos no concederán títulos de nobleza; y ninguna persona que desempeñe bajo la autoridad del Gobierno un cargo retribuido o de confianza podrá aceptar, sin el consentimiento del Congreso, donativo, emolumento, empleo o título, de clase alguna, de ningún rey, príncipe o nación extranjera.</p>	<p>Artículo 12. En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.</p>
<p>Artículo I. Sección 9. ...</p> <p>No se aprobará ningún proyecto para condenar sin celebración de juicio ni ninguna ley ex post facto.</p>	<p>Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.</p>
<p>Enmienda IV. No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.</p>	<p>Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.</p>
<p>Enmienda III. En tiempos de paz ningún soldado será alojado en casa alguna, sin el consentimiento del propietario, ni tampoco lo será en tiempos de guerra sino de la manera prescrita por ley.</p>	<p>Artículo 16.-...</p> <p>En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna.</p>
<p>Enmienda VIII. No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni castigos crueles e inusitados.</p>	<p>Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa</p>

	excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.
<p>Artículo I. SECCION 7.</p> <p>Todo proyecto de ley para imponer contribuciones se originará en la Cámara de Representantes; pero el Senado podrá proponer enmiendas o concurrir en ellas como en los demás proyectos.</p>	<p>Artículo 72.-...</p> <p>H. La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.</p>
<p>Artículo II. SECCION 2. ...</p> <p>Con el consejo y consentimiento del Senado tendrá poder para celebrar tratados, siempre que en ellos concurren las dos terceras partes de los senadores presentes. Asimismo, con el consejo y consentimiento del Senado, nombrará embajadores, otros ministros y cónsules públicos, los jueces del Tribunal Supremo y todos los demás funcionarios de los Estados Unidos cuyos cargos se establezcan por ley y cuyos nombramientos esta Constitución no prescriba. Pero el Congreso podrá por ley, confiar el nombramiento de aquellos funcionarios subalternos que creyere prudente, al presidente únicamente, a los tribunales de justicia o a los jefes de departamento.</p>	<p>Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:</p> <p>I. ...</p> <p>III. Nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del Senado.</p> <p>IV. ...</p> <p>XVIII. Presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter sus licencias y renunciaciones a la aprobación del propio Senado;</p>
<p>Enmienda X. Las facultades que esta Constitución no delegue a los Estados Unidos, ni prohíba a los estados, quedan reservadas a los estados respectivamente o al pueblo.</p>	<p>Artículo 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados.</p>

En ambos textos notamos similitudes. Algunas por inercia doctrinaria y otras por emulación, de lo cual surge la pregunta: Si ambos ordenamientos son sustancialmente similares entonces ¿por qué su desarrollo no produce el mismo resultado?

La respuesta se encuentra en dos grandes razones:

a) La primera es que México sólo adoptó argumentos de política más no de principios pues omitió incluir una disposición residual como la novena enmienda para que defienda todos los derechos no nombrados expresamente por la constitución. Por lo que la asunción de la Constitución Mexicana a la Americana sólo es de discurso y no de verdadero valor a los derechos fundamentales.

b) La segunda es las garantías individuales de nuestra Carta Magna²⁷⁵, como se comentó en el capítulo I, arrojan más deberes tácitos al particular que defensa de sus derechos pues pierden fuerza en el ulterior desarrollo *nomodinámico*, sin desdeñar las continuas reformas y modificaciones constitucionales atinentes sólo a satisfacer las demandas del exterior, que a su vez producen un meta-desajuste *ad extra* o desajuste de tercer nivel, pues si la propia asunción arroja una realidad ajena a nuestro país, las reformas y modificaciones robustecen el desfase y desajuste textual.

En la actualidad son las empresas transnacionales y los regímenes autoritarios de todo tipo quienes más se benefician de las carencias reales en la universalidad de los derechos. Las empresas globalizadas buscan para la producción de bienes países pobres en los que la normatividad en materia laboral y ecológica es muy baja y poco avanzada; países en los que pueden pagar salarios miserables y contar con el apoyo del gobierno para reprimir a los trabajadores que se quieran organizar para mejorar sus condiciones laborales, o en los que pueden contaminar el aire y el agua sin ser llamados a cuentas.²⁷⁶

Sin embargo, este hecho abre, para Bobbio, una preocupante paradoja: "... el tremendo problema que enfrentan hoy los países en vías de desarrollo –dice el filósofo turinés– es el de encontrarse en condiciones económicas tales que, a pesar de los programas ideales, no permiten desarrollar la protección de la mayor parte de los derechos sociales", y refiriéndose al derecho del trabajo como el caso emblemático de esos derechos sostiene que: "El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema jurídico. Es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y como tal, desafía incluso a la constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica".²⁷⁷

En efecto, la legislación -altamente cambiante- abre caminos a las demandas y exigencias de momento para eliminar obstáculos que compliquen el desarrollo del comercio con el exterior y el ingreso de divisas, sobreponiendo la atención del interés económico y político del exterior sobre el interior.

En consecuencia, nuestra Carta Magna se divide en dos rubros:

- ✓ Parte dogmática (textos programáticos); y
- ✓ Parte orgánica (textos verdaderamente vinculantes).

En donde la parte dogmática son líneas meramente programáticas inmanentes a los particulares; y la parte orgánica son textos inmanentes al Estado pero llevada en su totalidad a plena eficacia práctica pues a favorecen el Estado de Poder. Los textos programáticos predominan la asunción y los segundos surgen de reformas. Pero si no se modifica igualmente la asunción, crea un desfase con la realidad a la cual se aplica.

El constante uso de las palabras "*people*" y "*persons*" (gente y personas) en la Constitución Americana no se da en México pues son las palabras *Estado*, *Federación*, *Ejecutivo*

²⁷⁵ Pues la respuesta sociológica obligaría a tomar en consideración las expectativas cognitivas que a su vez nos remitirían a costumbres, cultura y demás elementos que en conjunto diferencian a ambos países.

²⁷⁶ Carbonell, Miguel., *La Constitución en serio*, México, Ed. Porrúa, 2005, pp. 17-18.

²⁷⁷ Bovero, Michelangelo; Córdova, Arnaldo, *et al.*, *Política y Derecho (Re) pensar a Bobbio*, México, Siglo Veintiuno editores, 2005, p. 72.

Federal, autoridad, facultades y otras similares las de uso constante, además que las leyes secundarias desarrollan sus facultades para “mejor comprensión” de la población. Todo ello denota desigualdad normativa ya que los derechos no son tan altamente regulados como las obligaciones. Sin embargo, no sólo la asunción de leyes es negativo sino también su indebido desarrollo posterior.

3.2. *Acciones de inconstitucionalidad en España*

3.2.1. El Tribunal Constitucional en España

A diferencia de los EUA, en España se sigue la tradición jurídica romano-canónica y la decisión de inconstitucionalidad de leyes cae en el Tribunal Constitucional, ajeno al poder judicial pero ubicado dentro de sus funciones, para lo cual se crea la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) la cual será guía de las siguientes líneas.

El Tribunal Constitucional se la integración por doce miembros (artículos 5 y 16):

Art. 5. . El Tribunal Constitucional está integrado por doce miembros, con el título de Magistrados del Tribunal Constitucional

Art. 16. 1. Los Magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por el Rey, a propuesta de las Cámaras, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, en las condiciones que establece el art. 159.1 de la Constitución.

2. La designación para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se hará por nueve años, renovándose el Tribunal por terceras partes cada tres. Ningún Magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años.

En términos de Eduardo García de Enterría:

Ya dijimos que el sistema reposa sobre el Tribunal Constitucional, situado fuera del Poder Judicial, aunque de naturaleza jurisdiccional indiscutible. Este Tribunal único (cuyos doce jueces son elegidos cuatro por el Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, otros cuatro por el Senado, con el mismo quórum, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial, todos por un período de nueve años, entre cierta categorías precisadas por el art. 159 de la Constitución) concentra o monopoliza la competencia de declaración e inconstitucionalidad de Leyes, Tratados y actos con fuerza de Ley, aunque los demás Tribunales no quedan excluidos por ello de la toma en consideración del papel normativo de la Constitución, como ya nos consta.²⁷⁸

De tal suerte que es considerado como intérprete supremo de la Constitución a fin de garantizar su supremacía (artículos 1 y 27.1):

Art. 1. 1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

²⁷⁸ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón., *Curso de Derecho Administrativo* t I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 164.

2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.

Art. 27. 1. Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados.

Según Eduardo García de Enterría:

Esta declaración viene a precisar el parámetro de la norma aplicable en el juicio de inconstitucionalidad, que es exclusivamente la Constitución, tanto en sus reglas materiales de fondo (sea cual sea su grado de generalidad y aun de imprecisión, como ya tuvimos ocasión de notar) como en las de organización o procedimientos;... Así pues, los vicios de inconstitucionalidad pueden ser de tres clases: de procedimiento, con la importante limitación ya aludida, de competencia y de contenido normativo material... En general, es evidente, el problema de inconstitucionalidad habrá de resolverlo por un simple contraste lógico de compatibilidad entre dos normas abstractas, la constitucional y la que es objeto de juicio.²⁷⁹

Y respecto a su competencia para conocer de inconstitucionalidades, el artículo 28.1 señala:

Art. 28. 1. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

Queda así legitimado el Tribunal Constitucional para dirimir cualquier inconstitucionalidad. A diferencia del *living constitution* en los EUA, el Tribunal Constitucional español atiende tres criterios para su función:

Pero para apreciar la infracción de algún precepto constitucional puede justificarse una apreciación de hechos por el Tribunal. Concretamente esto ocurrirá con el principio de igualdad (art. 14 de la Constitución), con la valoración de determinados conceptos técnicos constitucional que entran en la categoría de conceptos jurídicos indeterminados... y, de manera potencialmente importante, por su carácter genérico, con el principio general de interdicción de la arbitrariedad, que vincula al poder legislativo como a todos los demás poderes públicos (art. 9.3).²⁸⁰

Esto significa que tiene una tarea juzgadora de alto nivel encaminado a resolver exclusivamente controversias de *enunciados* y no de *hechos* con *enunciados*, pues sólo por excepción aprecia *hechos* siempre y cuando sirvan de base para dirimir un conflicto de leyes. Se logra así conservar a la Constitución como norma máxima (artículo 27.1):

Art. 27. 1. Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 165.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 166.

Los ordenamientos de carácter general son impugnables ante el Tribunal Constitucional sólo mediante recurso de inconstitucionalidad o recurso en vía principal, pues el recurso de amparo (llamado así en España) procede sólo contra actos, en los que se incluyen los emanados del Poder Legislativo que no tengan valor de Ley (artículo 42 de la LOTC):

Art. 42. Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes.

En opinión de Eduardo García de Enterría:

En otras palabras, existe sólo un caso de acceso directo ante el Tribunal Constitucional en vía de amparo: cuando se trate de la *actividad parlamentaria no legislativa*... Del anterior precepto, en principio, pueden desprenderse tres cuestiones relevantes:

A) La procedencia de esta vía se entiende en conexión con el artículo 41 de la propia LOPJ. La acción de amparo sólo procede respecto de las violaciones de los derechos fundamentales o libertades públicas a que se refiere el art. 53.2 de la CE, atribuidas a los poderes públicos o del Estado –*lato sensu*–...

B) No podrán ser impugnados, por la vía del art. 42 LOTC, las leyes, disposiciones normativas o actos de carácter general. Sólo procederá el amparo ante “decisiones o actos sin valor de ley”...

C) Se requiere la firmeza de la decisión del acto impugnado. Lo cual se traduce en la necesidad de agotar las instancias o recurso pertinentes.²⁸¹

Surge así la pregunta: ¿cómo puede existir un acto legislativo que transgreda derechos fundamentales si el Poder Legislativo *per se* no ordena, sino el producto de su función?

La respuesta es sencilla, si notamos que la norma española no se refiere a órdenes del poder legislativo, sino a actos de éste que contravengan el pleno disfrute de derechos, lo cual puede ser en diversos sentidos, tal y como lo establece Francisco Fernández Segado:

... para que un acto emanado de una Cámara parlamentaria fuera susceptible de ser recurrido en vía de amparo, debía regular las relaciones de la Cámara con terceros vinculados con ella por relaciones contractuales o funcionariales, o simplemente tener efectos externos. Tales efectos se producían, por ejemplo, en el caso de la denegación de un suplicatorio por una Cámara, supuesto en el que el Tribunal (STC 90/1985, de 22 de julio) admitía su competencia para conocer del recurso de amparo interpuesto por una persona que, de resultas del rechazo por la Cámara del suplicatorio para procesar a uno de sus miembros, consideró vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva... pues lo realmente decisivo pasaba a ser la salvaguarda de los derechos y es obvio que éstos podían ser vulnerados también en el ámbito de las relaciones internas.

Un caso que ejemplifica este cambio de interpretación lo encontramos en la STC 161/1988, de 20 de septiembre. Tras entender el Tribunal que el derecho fundamental del art. 23.2 CE (derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes) es un derecho de configuración legal y, en consecuencia,

²⁸¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo., *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Ed. Porrúa, 2000, pp. 295-297.

competen a la Ley, comprensiva de los Reglamentos parlamentarios, el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos públicos, consideraría que una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, éstas quedaban integradas en el “*status*” propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, defender ante los órganos judiciales –y en último extremo ante el mismo Tribunal Constitucional- el “*ius in officium*” que consideren legítimamente constreñido o ignorada por actos del poder público, ...²⁸²

Entonces, el recurso de amparo combate actos del Poder Legislativo (art. 42 LOTC), del Gobierno (art. 43.1) y del Poder Judicial (art. 44.1.a) entiendo a dichos actos como demostraciones de voluntad sobre casos particulares y concretos, en tanto que las leyes y disposiciones de carácter general demuestran una voluntad popular con leyes generales y abstractas, las cuales pueden impugnarse mediante las siguientes dos vías:

3.2.1.1. El recurso de inconstitucionalidad

También llamado *recurso directo* se encuentra en el artículo 161.1.a) de la Constitución Española y el artículo 29.1.a) de la LOTC, al señalar respectivamente:

Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

Art. 29. 1. La declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:

a) El recurso de inconstitucionalidad.

Con la aclaración de que la impugnación no cesa la aplicación de manera *erga omnes*, pues su vigencia es total en tanto no se elimine del marco jurídico (artículo 30 LOTC):

Art. 30. La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas.

No obstante, los legitimados para ejercer este recurso no son los particulares sino sólo determinados órganos del Estado (artículo 162.1.a) de la Constitución y 32.1 LOTC):

Artículo 162.

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

²⁸² Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo., *El Derecho de Amparo en el Mundo*, México, Ed. Porrúa, 2006, p. 805.

Art. 32. 1. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El Presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta Diputados.
- d) Cincuenta Senadores.

2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.

En palabras de Eduardo García de Enterría:

Es pues un proceso montado, como ha puesto de relieve la doctrina alemana, para un control <<abstracto>> u objetivo de validez de normas, sin verdadero contenido contradictorio de hecho, razón por la cual se dispensa a los órganos legitimados de invocar un interés propio... órganos que actúan así como abogados de la Constitución y en interés de ésta.²⁸³

Bajo dicha temática, existe un plazo general de tres meses a partir de la publicación de la Ley para la interposición del recurso (artículo 33.1 LOTC):

Art. 33. 1. El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional, en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la Ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido.

Siguiendo el punto de vista de Eduardo García de Enterría

La LOTC ha establecido un plazo de preclusión de este recurso (lo que no existe en otros Derechos, como el alemán, pero cuya utilidad práctica parece justificada), que fija en tres meses desde la publicación de la Ley o acto con fuerza de Ley impugnados.²⁸⁴

Con excepción del plazo de nueve meses bajo las circunstancias que detalla el artículo 33.2:

Art. 33. 1. ...

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra Leyes, disposiciones o actos con

²⁸³ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón., *Curso de Derecho Administrativo* t I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 168.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 169.

fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.

b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apdo..

c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el «Boletín Oficial del Estado» y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3. Lo señalado en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de interposición del recurso de inconstitucionalidad por los demás órganos y personas a que hace referencia el art. 32.

La LOTC habla más de la legitimidad activa del recurso de inconstitucionalidad que de su sustanciación, lo que demuestra más una intención politológica que jurídica y discurre incluso, a nivel doctrinario:

En cambio, los órganos ejecutivos colegiados y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, que están mencionados como legitimados en el artículo 162.1.a) de la Constitución al mismo nivel que los citados órganos del Estado, esto es, sin exigencia de interés y para todas las Leyes y actos recurribles, se ha interpretado en la LOTC, artículo 32.2, que la legitimación debía serles reducida en un doble sentido: para la impugnación de las Leyes del Estado (no, pues, de otras Comunidades Autónomas) y siempre que esas Leyes << puedan afectar a su propio ámbito de autonomía >>; por otra parte, parece haberse eliminado la legitimación de los órganos ejecutivos autonómicos para la impugnación e las normas emanadas de sus propias Asambleas legislativas, lo cual resulta de más difícil explicación.²⁸⁵

Resulta paradójico que una Ley que pretende defender la supremacía de la Constitución se atreva a contraponerse textualmente a la misma aún con fines políticamente convenientes.

Estas interpretaciones restrictivas, aunque quizás políticamente convenientes en algún caso, son de constitucionalidad discutible, ya que la remisión que hace el párrafo 2 del artículo 162 de la Constitución a la LOTC para << determinar las personas y órganos legitimados >> se refiere a << los demás casos >> distintos de los referidos en el párrafo 1.²⁸⁶

Así, la sustanciación del recurso de inconstitucionalidad es altamente sencillo pues el procedimiento se contiene en un sólo artículo:

Art. 34. 1. Admitida a tramite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 168-169.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 169.

Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas.

2. La personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de quince días, transcurrido el cual el Tribunal dictará sentencia en el de diez, salvo que, mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de treinta días.

Al respecto, Eduardo García de Enterría opina:

El procedimiento es muy simple: se inicia con la demanda, en que ha de concretarse la Ley impugnada, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido. De esta demanda se da traslado al Congreso y al Senado, al Gobierno y, en caso de que la Ley o acto impugnado proceda de las Comunidades Autónomas, a sus órganos legislativo y ejecutivo; estos órganos podrán comparecer y a la vez formular alegaciones en plazo único de quince días, tras de lo cual el Tribunal Constitucional dictará Sentencia en plazo de diez días (prorrogable por el propio Tribunal a treinta).²⁸⁷

Nótese que la LOTC al referirse al recurso de inconstitucionalidad omite distinguir entre normas heteroaplicativas o autoaplicativas así como la legitimidad activa es propia de determinados órganos del Estado y el plazo de interposición corre a partir de la publicación de la disposición general y no a partir de su inicio de vigencia²⁸⁸, por lo que podemos concluir, respecto a la legislación mexicana, que este recurso no es similar ni comparable con el amparo indirecto contra leyes, pues su verdadero equivalente en México es la acción de inconstitucionalidad de la fracción II del artículo 105 Constitucional:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

- II.** De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.
Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:
 - a)** El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

²⁸⁷ *idem.*

²⁸⁸ Pues esa es la esencia temporal del amparo, lo que se confirma con el siguiente criterio jurisprudencial: Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Parte : III, Enero de 1996 Tesis: 2a./J. 81/95 Página: 39
AMPARO CONTRA LEYES. VACATIO LEGIS. CARENCIA DE INTERES JURIDICO PARA RECLAMAR UNA LEY DURANTE ESE PERIODO. Cuando para la iniciación de vigencia de un dispositivo existe el período que la doctrina denomina vacatio legis, durante él los particulares no pueden ejercitar la acción de amparo por carecer de interés jurídico para impugnar una ley que aún no ha entrado en vigor y que por lo mismo no puede obligar a los particulares a cumplirla, en razón de que durante dicho período la ley no puede ser obligatoria. En consecuencia, si un particular se dice afectado por los efectos autoaplicativos de la norma, carece de interés jurídico para reclamarla en amparo antes de su entrada en vigor.

- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y
- e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.
- f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.
- g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal...

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

De tal forma que el recurso de amparo en España es circunscrito sólo para actos y no para Leyes pues así lo disponen los artículos 41.1 y 46.1 a) y b) ambos *ab initio* de la LOTC:

Art. 41. 1.

2. El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones²⁸⁹, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Art. 46. 1. Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional:

- a) En los casos de los arts. 42 y 45, la persona directamente afectada...
- b) En los casos de los arts. 43 y 44, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente...

Además que también están legitimados para interponer el recurso de amparo el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Por lo que la intención del recurso de amparo en España es devolver a la persona el libre goce de derechos y garantías al igual que opera en nuestra legislación (artículos 49.1 *in fine*, 54 y 55.1 c) LOTC española):

²⁸⁹ Haciendo especial hincapié en que el término “disposiciones” obedece a la idea de órdenes –generalmente de carácter administrativo- que discurren en los tres sentidos presentados por Eduardo García de Enterría y Ramón-Tomás Fernández, denominadas preventivas, directivas y represivas, citadas *supra*.

Art. 49. 1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.

Art. 54. Cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

Art. 55. 1. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) ...

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

La LOTC respeta igualmente el principio de definitividad de nuestra legislación, y que es denominado en España *principio de subsidiariedad* (artículo 43.1 *in fine* LOTC):

Art. 43. 1. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el art. 53.2 de la Constitución.

Para ello, Eduardo García de Enterría opina:

La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas se encomienda, en forma primaria, a los tribunales ordinarios, mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad... En tanto no se desarrolle este procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será el proceso contencioso-administrativo ordinario previsto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, o el proceso administrativo configurado en la Sección segunda de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales²⁹⁰... El carácter subsidiario del proceso de amparo en España, se “configura no como una vía directa a la cual pueda acudir sin más cualquier ciudadano que entienda lesionados algunos de sus derechos o libertades reconocidos en los arts. 14 al 29 y 30.2 de la misma [CE], sino, normalmente como un camino que se abre cuando ya se ha intentado, sin satisfacción para el ciudadano, la defensa de aquellos derechos y libertades ante los tribunales ordinarios, a los cuales se encomienda su tutela general”²⁹¹.

²⁹⁰ Conforme a la disposición transitoria segunda, apartado 2 de la LOTC:

“Disposiciones transitorias. Segunda. 1. ...

2. En tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado art. 53.2 de la Constitución.”

²⁹¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo., *op. cit.*, pp. 293-294.

Con ello, las Leyes son inimpugnables mediante el recurso de amparo, pues éstas sólo pueden ser combatidas por determinados órganos del estado (legitimación activa) mediante el recurso de inconstitucionalidad; no obstante, la impugnación de normas puede realizarla el particular de forma indirecta a través de una segunda vía:

3.2.1.2. La cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales

También llamada *recurso en vía incidental* encuentra su fundamento en el artículo 163 de la Constitución española así como en el inciso b) del apartado 1 del artículo 29 de la LOTC, al señalar respectivamente:

Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Art. 29. 1. La declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:

a) ...

b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales.

Y es procedente de oficio o a petición de parte (artículo 35.1 de la LOTC):

Art. 35. 1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Se advierte la participación indirecta del particular español al estar habilitado para instar al juez o Tribunal natural a promover un incidente para combatir una norma de la cual dependa el fallo final en la contienda que participa, con el *plus* de que el Tribunal Constitucional puede observar *ex officio* cuestiones adicionales a las planteadas en el incidente (artículo 39.2 LOTC):

Art. 39. 1. ...

2. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

Con ello, el particular español obtiene una potestad a través del juez o tribunal ordinario en el cual participa. Su legitimación activa es indirecta y el órgano jurisdiccional es coadyuvante si considera procedente el incidente respectivo.

... Este es el supuesto concreto de esta vía de sometimiento al Tribunal Constitucional de la decisión sobre la inconstitucionalidad de una Ley. Son, pues, sus supuestos:

- un proceso abierto, de cualquier clase, ante cualquier jurisdicción, en cualquier grado;

- que la decisión de ese proceso tenga que hacerse con una Ley de la que se plantee la duda de su compatibilidad con la Constitución; la Ley en cuestión ha de ser, pues, no

cualquiera manejable en el proceso, sino precisamente la *norma decidendi*, aquella <<de cuya validez dependa el fallo>> (art. 163 de la Constitución); es lo que ha llamado el Tribunal Constitucional el <<juicio de relevancia>>, que no puede ser meramente hipotético;

- la duda sobre la constitucionalidad de la Ley decisoria puede plantearla la parte (y la negativa del Juez o Tribunal no le impedirá replantearla de nuevo en las sucesivas instancias o grados: art. 35.2 LOTC²⁹²), pero también de oficio el propio Juez o Tribunal, como un correlato del principio *iura novit curia* y de su <<vinculación más fuerte>> a la Constitución,...

- cuando la duda sobre la constitucionalidad de la norma de decisión sea razonable (puesto que el juicio positivo de constitucionalidad no deberá aplicarlo el Juez o Tribunal más que cuando la cuestión se estime manifiesta, *icto oculi*, no cuando la duda tenga alguna consistencia objetiva) el Juez o Tribunal que está entendiendo el proceso planteará el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, como cuestión prejudicial que hay que solventar previamente para poder resolver dicho proceso principal;

- en consecuencia, el proceso principal se paraliza hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva la cuestión de inconstitucionalidad.²⁹³

Esto significa que la norma debe tener plena incidencia en la contienda del particular para que su posible inconstitucionalidad se haga notar al juzgador, quien, de considerarlo procedente, dará continuidad a dicha observación para evitar un perjuicio por aplicación de la norma puesta en duda, sin que por ello se detenga su vigencia o aplicación *erga omnes* pues ésta suspensión opera sólo para el proceso en el que se promueve el incidente (artículo 30 LOTC):

Art. 30. La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley,...

Se observa así una potestad al particular en donde no sólo afronta al poder público sino también a sus contrarios. La norma es combatida sólo si puede afectar el fallo definitivo pues no se puede combatir la ley por su sola vigencia ya que tal impugnación se reserva a los órganos propios del Estado.

Comparado dicho incidente con el amparo en México, podemos concluir que en México no existe intervención de oficio del juzgador para la inconstitucionalidad de leyes, salvo el criterio jurisprudencial que permite al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocer de constitucionalidades cuando la cuestión planteada (actos o leyes) ha sido ya determinada inconstitucional por la SCJN, en donde el Tribunal no realiza un estudio de

²⁹² “Art. 35. 1. ...

2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegase a sentencia firme.”

²⁹³ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón., *op. cit.*, p. 170.

fondo sino simplemente adopta el criterio en seguimiento al artículo 192 de la Ley de Amparo.

Inercia que igualmente es visible en la fracción I del artículo 76-Bis y artículo 157 de la Ley de Amparo mexicana al señalar respectivamente:

Artículo 76 BIS.- Las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que esta ley establece, conforme a lo siguiente:

I.- En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la suprema corte de justicia.

Artículo 157.- Los jueces de Distrito cuidarán de que los juicios de amparo no queden paralizados, especialmente cuando se alegue por los quejosos la aplicación por las autoridades de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, proveyendo lo que corresponda hasta dictar sentencia, salvo los casos en que esta ley disponga expresamente lo contrario.

De lo analizado hasta este momento de la legislación española, obtenemos –para México– las siguientes conclusiones:

a) La inconstitucionalidad de leyes puede ser pronunciada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ya sea a petición de parte o de oficio por ser la constitucionalidad de leyes una cuestión de orden público como jurisprudencialmente ha sido notado por los tribunales de nuestro país²⁹⁴.

²⁹⁴ Tesis: V-P-2aS-146 R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año II. No. 17. Mayo 2002. Pág: 150 Precedente Quinta Época. Segunda Sección Materia: CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.- ES OBLIGATORIA SU APLICACIÓN AUN CUANDO NO EXISTA AGRAVIO ALGUNO AL RESPECTO, POR TRATARSE DE UNA CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO.- Este Tribunal no puede dar más de lo que pide el particular ni algo diferente, pues incurriría en los vicios de ultra o extra petita. Por otra parte, el mismo Tribunal únicamente puede conceder la nulidad por la misma causa por la que la solicita el actor; es decir, se encuentra vinculado por la causa petendi; sin embargo, la ley permite se declare la nulidad por causas ajenas cuando éstas son de orden público: El artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, enuncia a dos de ellas sin que ello signifique que son las únicas. Así, la noción de orden público es un concepto jurídico impreciso que por su propia naturaleza no debe ser definido, pues depende su aplicación de los casos concretos; ello no impide, como ha acontecido con el penúltimo párrafo del artículo 238, del Código citado, que el legislador defina algunos casos que considere de orden público. En este orden de ideas, este Tribunal considera que el artículo 76-Bis, fracción I, de la Ley de Amparo, aun cuando no lo señale expresamente, considera de orden público la no aplicación de una norma considerada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ello es así, pues la necesidad de preservar el orden constitucional, fue lo que llevó al legislador de amparo a permitir la suplencia de la deficiencia de la queja en todas las materias cuando existe jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, considerando inconstitucional un precepto legal. Por lo tanto, la jurisprudencia que decreta la inconstitucionalidad de algún dispositivo legal o de una ley, es una cuestión de orden público. Razón por la cual, aun cuando el actor no invoque expresamente agravio alguno sobre la inconstitucionalidad en contra de una multa fundada en un precepto legal declarado inconstitucional, el Tribunal Fiscal de la Federación, al tener conocimiento de la jurisprudencia que declara inconstitucional este precepto, deberá aplicarla por ser de orden público.

b) Los Tribunales o juzgadores inferiores a la SCJN actúan sólo *a posteriori* y no *a priori* a la declaración de inconstitucionalidad, pues en tanto ésta no haya sido determinada así por jurisprudencia, los juzgadores inferiores están imposibilitados e ilegitimados para denunciar *ex officio* la inconstitucionalidad como opera en España.

Tenemos así que el incidente español es oportuno pues, contrario a lo que pasa en México, permite una actuación *a priori* y no *a posteriori*, eficaz y oportuna para la defensa del particular, pues una sentencia que invalida oportunamente la norma evita cualquier aplicación futura y elimina su juzgamiento *a posteriori* en virtud del efecto de la sentencia, lo que la mismo tiempo garantiza –en cierta forma- una debida impartición de justicia.

3.2.1.3. Efectos de la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad

La sentencia de inconstitucionalidad del recurso de inconformidad o del recurso en vía incidental, produce efectos *ex nunc*, es decir, a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, órgano de publicación (similar al Diario Oficial de la Federación en México) según el artículo 164.1 de la Constitución española y artículo 38.1 LOTC:

Artículo 164.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

Art. 38. 1. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Sin que arroge efectos retroactivos al momento del dictado de la Ley, pues se limita a la fecha de publicación comentada (artículo 40.1 LOTC):

Art. 40. 1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.²⁹⁵

²⁹⁵ Retroactividad favorable expresa que retoma nuestra legislación en materia impositiva dentro del cuarto párrafo del artículo 70 del CFF:

“Artículo 70.-...

Quando la multa aplicable a una misma conducta infraccionada, sea modificada posteriormente mediante reforma al precepto legal que la contenga, las autoridades fiscales aplicarán la multa que resulte menor entre la existente en el momento en que se cometió la infracción y la multa vigente en el momento de su imposición.”

Con el beneficio de que la sentencia de inconstitucionalidad puede estudiar de oficio cuestiones no planteadas por los promoventes (artículo 39.2 LOTC):

Art. 39. 1. ...

2. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

Es de hacer notar que la LOTC no establece plazo para realizar la publicación de la sentencia, al igual que para su notificación a las partes (artículo 38.3 LOTC):

Art. 38. 1. ...

3. Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

Por lo que la expectativa cognitiva en ambos casos es un breve término en virtud de que la continua aplicación de la norma puede producir efectos inconstitucionales en otros particulares en tanto no sea publicada.

Si la norma es vinculante con todos sus destinatarios (autoridades, particulares y juzgadores) desde el momento de su publicación –por ser general y abstracta- entonces su inconstitucionalidad debe ser igualmente publicada para hacerse vinculante con las mismas características: general y abstracta.

Bajo dicha temática, la publicación de la sentencia sigue la naturaleza jurídica de la norma pues hace vinculante el criterio del Tribunal como –en nuestro punto de vista- un verdadero principio de relatividad ya que es relativo a la Ley y no al juzgador, tribunal o particular que promueve el recurso o incidente, pues lo puesto es duda constitucional no es aquél o éste sino el elemento general y abstracto con fuerza de Ley.

Sin embargo, un elemento cuestionable sobre la LOTC surge por inercia del *erga omnes* que arroga la sentencia de inconstitucionalidad. El artículo 38.2 plantea el mismo efecto para las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad:

Art. 38. 1. ...

2. Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.

En opinión de Eduardo García de Enterría:

Bien haya conocido el Tribunal Constitucional en vía directa o en vía incidental, la Sentencia tiene idéntico contenido y efectos generales: declarar inconstitucional la Ley, o acto a ella equiparado, que ha sido objeto del recurso, o bien absolverla de este reproche, desestimando el recurso... Es una declaración de nulidad (así, art. 39.1 LOTC) de la norma que ha de tener

el mismo efecto *erga omnes* que tenía la norma misma, si se pretende, como es el caso, eliminarla del mundo del Derecho.²⁹⁶

Disposición aparentemente antinómica del artículo 29.2:

Art. 29. 1. ...

2. La desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso.

No obstante, un nuevo medio de inconstitucionalidad es procedente sólo si la desestimación surge por razones de forma, pues si la desestimación surge por razones de fondo la imposibilidad establecida en el artículo 38.2 es plena.

Pese a ello, las reacciones de juristas no se han hecho esperar y como crítica a ello Eduardo García de Enterría expone lo siguiente:

...lo cual quiere decir que si la desestimación se ha producido por razones de fondo sí lo obstaculiza positivamente, como más claramente lo precisa el artículo 38.2. La inconstitucionalidad de esta fórmula, que nos parece manifiesta, viene de que esa regla asigna valor *erga omnes* a la Sentencia del Tribunal Constitucional que desestime el recurso por razones de fondo, cuando es patente que ese efecto, que equivale, según una construcción que ya conocemos, a asignar a la Sentencia verdadero valor legislativo, está reducido expresamente en el artículo 164 de la Constitución a las Sentencias <<que declaren la inconstitucionalidad de una Ley>>, y no a las que no lo declaren.²⁹⁷

Desde un punto de vista utilitarista y semántico de la constitución española, el autor en cita circunscribe los efectos *erga omnes* sólo a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una Ley más no a las que lo desestiman.

Para dejar en claro lo anterior, es de hacer notar cuáles son los dos posibles sentidos de sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad:

- i) Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad; y
- ii) Sentencias desestimatorias.

La desestimación significa –conforme a nuestro país–: sobreseimiento, desechamiento o tener por no interpuesta la demanda inicial, entendido en España como desestimación *de forma* o negación a lo pedido (desestimación *de fondo*) pues la desestimación española no prevé una combinación de inconstitucionalidad para un sentido y constitucionalidad para otro sentido como acontece en México.

Sigue argumentando el autor en cita tres puntos esenciales:

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 171-172.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 167.

Por otra parte, la regla carece de todo sentido. Primero, porque como ya hemos notado, el vicio de inconstitucionalidad determina una nulidad de pleno derecho y este tipo de nulidades no son nunca convalidables, que es a lo que equivale el sistema de cerrar el paso a ulteriores recurso incidentales. Segundo, porque tratándose en el recurso directo, como ha notado la doctrina alemana, de un control <<abstracto>> de normas, al margen de todo conflicto de hecho entre las partes (que ni siquiera son verdaderas partes, puesto que los recurrentes son simples órganos políticos sin personalidad), no puede aplicarse a la Sentencia absolutoria la técnica de la cosa juzgada (que se refiere siempre a una situación concreta e individualizada), sino la de interpretación de la Ley, materia en la cual nunca una Sentencia cierra el paso a otra ulterior, que pueda interpretar la misma Ley de manera distinta. Tercero, porque, en relación con lo que acaba de notarse, la fórmula legal equivale a consagrar de una manera rígida un riguroso *stare decisis*, que vincula al Tribunal a sus propios precedentes jurisprudenciales,...²⁹⁸

Lo cual corrobora la diferencia entre legalidad formal (mera legalidad) y legalidad sustancial (estricta legalidad) expuesta en el capítulo II, pues aún cuando la LOTC establece que la sentencia de inconstitucionalidad obtiene el rango de cosa juzgada (artículo 38.1), conforme a dicho autor ello es sólo legalidad formal y no puede ser legalidad sustancial si no se ha enjuiciado una situación particular y concreta pues la norma, por su propia naturaleza es abstracta.

Dado ello, la función que cumple el Tribunal Constitucional, conforme al autor citado, se presenta entre *enunciados* y no éstos con *hechos* pues las “partes” legitimadas activamente en los procedimientos de inconstitucionalidad no tienen garantías ni derechos por ser órganos del Estado, por lo que no existen pretensiones a cubrir.

Además, aún cuando la norma se relacione con hechos, el recurso/incidente sólo resuelve un conflicto intertextual entre la norma secundaria y la primaria, para que una vez resuelto se aplique -en segundo lugar, tratándose de incidente- por el juez natural al caso concreto, es decir, al enunciado relacionado con hechos.

Así, el elemento normativo es puesto en duda previo a su roce con los hechos y no después de esto (*a priori* no *a posteriori*).

3.2.1.3. Asunción de leyes españolas en México

Como ejemplo de asunción en México a normas de legalidad de España, podemos señalar a la Ley de los Derechos y Garantías de los Contribuyentes Española (LDGC) con la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente en México (LFDC). La primera promulgada en España por el Rey Juan Carlos I y publicada el 27 de febrero de 1998 y la segunda publicada en México en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 2005.

La LFDC consta de tan sólo 24 artículos y es extremadamente similar a la LDGC, lo que en principio demerita el trabajo legislativo en México, salvo –desde luego- los artículos que atinentes a la autocorrección de los contribuyentes dentro de la revisión de las autoridades fiscales para hacer más rápida la recaudación de contribuciones, lo cual confirma que la

²⁹⁸ *idem*.

asunción es selectiva pues se limita sólo al discurso de Derechos y Garantías; no obstante la innovación, es decir, lo no asumido es regular las cagas a los particulares.

La asunción a la Ley Española se muestra con el siguiente cuadro comparativo:

<p style="text-align: center;">Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (España)</p>	<p style="text-align: center;">Ley Federal de los Derechos del Contribuyente (México)</p>
<p style="text-align: center;">CAPITULO I</p> <p style="text-align: center;">Principios generales y derechos de los contribuyentes</p> <p>Artículo 1o. <i>Objeto y ámbito de aplicación</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La presente Ley regula los derechos y garantías básicos de los contribuyentes en sus relaciones con las Administraciones tributarias, y será aplicable a todas ellas. 2. Los derechos que se reflejan en la presente Ley se entienden sin perjuicio de los derechos reconocidos en el resto de los ordenamientos. 3. Las referencias que en esta Ley se realizan a los contribuyentes se entenderán, asimismo, aplicables a los restantes sujetos pasivos, retenedores, obligados a ingresar a cuenta, responsables, sucesores en la deuda tributaria, representantes legales o voluntarios y obligados a suministrar información o a prestar colaboración a la Administración tributaria. 	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I</p> <p style="text-align: center;">Disposiciones Generales</p> <p>Artículo 1o.- La presente Ley tiene por objeto regular los derechos y garantías básicos de los contribuyentes en sus relaciones con las autoridades fiscales. En defecto de lo dispuesto en el presente ordenamiento, se aplicarán las leyes fiscales respectivas y el Código Fiscal de la Federación.</p> <p>Los derechos y garantías consagradas en la presente Ley en beneficio de los contribuyentes, les serán igualmente aplicables a los responsables solidarios.</p>
<p>Artículo 3º. <i>Derechos generales de los contribuyentes.</i></p> <p>Constituyen derechos generales de los contribuyentes los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias acerca del contenido y alcance de las mismas b) Derecho a obtener, en los términos previstos en la presente Ley, las devoluciones de ingresos indebidos y las devoluciones de oficio que procedan, con abono del interés de demora previsto en el artículo 58.2.c) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, sin necesidad de efectuar requerimiento al efecto. c) Derecho de ser reembolsado, en la forma fijada en esta Ley, del coste de los avales y otras garantías aportadas para suspender la ejecución de una deuda tributaria, en cuanto ésta sea declarada improcedente por sentencia o resolución 	<p>Artículo 2o.- Son derechos generales de los contribuyentes los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Derecho a ser informado y asistido por las autoridades fiscales en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, así como del contenido y alcance de las mismas. II. Derecho a obtener, en su beneficio, las devoluciones de impuestos que procedan en términos del Código Fiscal de la Federación y de las leyes fiscales aplicables. III. Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte. IV. Derecho a conocer la identidad de las autoridades fiscales bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos en los que tengan condición de interesados. V. Derecho a obtener certificación y copia de las declaraciones presentadas por el contribuyente, previo

<p>administrativa firme.</p> <p>d) Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte.</p> <p>e) Derecho a conocer la identidad de las autoridades y personas al servicio de la Administración tributaria bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos de gestión tributaria en los que tenga la condición de interesado.</p> <p>f) Derecho a solicitar la certificación y copia de las declaraciones por él presentadas.</p> <p>g) Derecho a no aportar los documentos ya presentados y que se encuentran en poder de la Administración actuante.</p> <p>h) Derecho, en los términos legalmente previstos, al carácter reservado e los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, que sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos en las leyes.</p> <p>i) Derecho a ser tratado con el debido respeto y consideración por el personal al servicio de la Administración tributaria.</p> <p>j) Derecho a que las actuaciones de la Administración tributaria que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que le resulta menos gravosa.</p> <p>k) Derecho a formular alegaciones y aportar documentos que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución.</p> <p>l) Derecho a ser oído en el trámite de audiencia con carácter previo a la redacción de la propuesta de resolución.</p> <p>m) Derecho a ser informado de los valores de los bienes inmuebles que vayan a ser objeto de adquisición o transmisión.</p> <p>n) Derecho a ser informado al inicio de las actuaciones de comprobación e investigación llevadas a cabo por la Inspección de los Tributos, acerca de la naturaleza y alcance de las mismas, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que se desarrollen en los plazos previstos en la presente Ley.</p>	<p>el pago de los derechos que en su caso, establezca la Ley.</p> <p>VI. Derecho a no aportar los documentos que ya se encuentran en poder de la autoridad fiscal actuante.</p> <p>VII. Derecho al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes que de los contribuyentes y terceros con ellos relacionados, conozcan los servidores públicos de la administración tributaria, los cuales sólo podrán ser utilizados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación.</p> <p>VIII. Derecho a ser tratado con el debido respeto y consideración por los servidores públicos de la administración tributaria.</p> <p>IX. Derecho a que las actuaciones de las autoridades fiscales que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que les resulte menos onerosa.</p> <p>X. Derecho a formular alegatos, presentar y ofrecer como pruebas documentos conforme a las disposiciones fiscales aplicables, incluso el expediente administrativo del cual emane el acto impugnado, que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente resolución administrativa.</p> <p>XI. Derecho a ser oído en el trámite administrativo con carácter previo a la emisión de la resolución determinante del crédito fiscal, en los términos de las leyes respectivas.</p> <p>XII. Derecho a ser informado, al inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que éstas se desarrollen en los plazos previstos en las leyes fiscales.</p> <p>Se tendrá por informado al contribuyente sobre sus derechos, cuando se le entregue la carta de los derechos del contribuyente y así se asiente en la actuación que corresponda.</p> <p>La omisión de lo dispuesto en esta fracción no afectará la validez de las actuaciones que lleve a cabo la autoridad fiscal, pero dará lugar a que se finque responsabilidad administrativa al servidor público que incurrió en la omisión.</p> <p>XIII. Derecho a corregir su situación fiscal con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación que lleven a cabo las autoridades fiscales.</p> <p>XIV. Derecho a señalar en el juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como</p>
--	--

	<p>domicilio para recibir notificaciones, el ubicado en cualquier parte del territorio nacional, salvo cuando tenga su domicilio dentro de la jurisdicción de la Sala competente de dicho Tribunal, en cuyo caso el señalado para recibir notificaciones deberá estar ubicado dentro de la circunscripción territorial de la Sala.</p>
<p style="text-align: center;">CAPITULO II</p> <p style="text-align: center;">Información y asistencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias</p> <p>Artículo 5º. Información y Asistencia</p> <p>1.La Administración tributaria deberá prestar a los contribuyentes la necesaria asistencia e información acerca de sus derechos.</p> <p>Esta actividad se instrumentará, entre otras, a través de las siguientes actuaciones: publicación de textos actualizados de las normas tributarias, remisión de comunicaciones, contestación a consultas tributarias y adopción de acuerdos previos de valoración.</p> <p>2.En los términos establecidos por las leyes, quedarán exentos de responsabilidad por infracción tributaria los contribuyentes que adecuen su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones, comunicaciones y contestaciones a consultas a las que se refiere el párrafo anterior.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO II</p> <p style="text-align: center;">Información, Difusión y Asistencia al Contribuyente</p> <p>Artículo 5o.- Las autoridades fiscales deberán prestar a los contribuyentes la necesaria asistencia e información acerca de sus derechos y obligaciones en materia fiscal. Asimismo y sin perjuicio de lo que dispone el Artículo 33 del Código Fiscal de la Federación, las autoridades fiscales deberán publicar los textos actualizados de las normas tributarias en sus páginas de Internet, así como contestar en forma oportuna las consultas tributarias.</p> <p>Los contribuyentes que apeguen su actuación a los términos establecidos en los criterios emitidos por las autoridades fiscales, que se publiquen en el Diario Oficial de la Federación, quedarán exentos de responsabilidad fiscal.</p>
<p>Artículo 8º. Consultas tributarias</p> <p>1. Los contribuyentes podrán formular a la Administración tributaria consultas debidamente documentadas respecto al régimen, la clasificación o la calificación tributaria que en cada caso les corresponda. La Administración tributaria deberá contestar por escrito las consultas así formuladas.</p> <p>2. Dicha contestación tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria en la forma y en los supuestos previstos en la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y en las leyes propias de cada tributo. En este supuesto el plazo máximo para contestar por escrito las consultas será de seis meses.</p>	<p>Artículo 9o.- Sin perjuicio de lo establecido en el Código Fiscal de la Federación, los contribuyentes podrán formular a las autoridades fiscales consultas sobre el tratamiento fiscal aplicable a situaciones reales y concretas. Las autoridades fiscales deberán contestar por escrito las consultas así formuladas en un plazo máximo de tres meses.</p> <p>Dicha contestación tendrá carácter vinculatorio para las autoridades fiscales en la forma y términos previstos en el Código Fiscal de la Federación.</p>
<p style="text-align: center;">CAPITULO VII</p> <p style="text-align: center;">Derechos y garantías en el procedimiento sancionador</p> <p>Artículo 33. Presunción de buena fe.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO IV</p> <p style="text-align: center;">Derechos y garantías en el procedimiento sancionador</p> <p>Artículo 21.- En todo caso la actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe,</p>

<ol style="list-style-type: none"> 1. La actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe. 2. Corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias. 	<p>correspondiendo a la autoridad fiscal acreditar que concurren las circunstancias agravantes que señala el Código Fiscal de la Federación en la comisión de infracciones tributarias.</p>
<p style="text-align: center;">CAPITULO VIII</p> <p style="text-align: center;">Recursos y reclamaciones</p> <p>Artículo 36. Derecho a recurrir</p> <p>Los contribuyentes tienen derecho, en los términos legalmente previstos, a interponer en vía administrativa los recursos y reclamaciones que procedan contra los actos dictados por la Administración tributaria, así como a que en la notificación de dichos actos se indique el recurso procedente, el plazo para su interposición y el órgano ante el que debe formularse.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO V</p> <p style="text-align: center;">Medios de defensa del contribuyente</p> <p>Artículo 23.- Los contribuyentes tendrán a su alcance los recursos y medios de defensa que procedan, en los términos de las disposiciones legales respectivas, contra los actos dictados por las autoridades fiscales, así como a que en la notificación de dichos actos se indique el recurso o medio de defensa procedente, el plazo para su interposición y el órgano ante el que debe formularse. Cuando en la resolución administrativa se omita el señalamiento de referencia, los contribuyentes contarán con el doble del plazo que establecen las disposiciones legales para interponer el recurso administrativo o el juicio contencioso administrativo.</p>

Es importante señalar que muchas de las fracciones retomadas por la Ley Mexicana carecen de sentido frente a los derechos fundamentales, verbigracia, la fracción VII del artículo 2 de la LFDC:

VIII. Derecho a ser tratado con el debido respeto y consideración por los servidores públicos de la administración tributaria.

Porque no sólo todo contribuyente, sino toda persona –individuo o ciudadano- debe ser tratada con respeto y consideración pues así lo expone el artículo 1 de nuestra Constitución:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Ya que no existe disposición alguna en México –y tampoco en España- en donde se establezca que el particular deba o pueda ser tratado sin respeto y consideración para justificar el texto comentado, además que la LFDC mexicana pierde efectividad al hablar de Derechos y garantías si no existe una sanción por Ley para los funcionarios y empleados de las autoridades fiscales que den mal trato a los particulares (simetría y equidad), lo cual sólo denota la falta de justiciabilidad de los derechos de los particulares que robustece el Estado de poder.

La fracción VII del artículo 2 de la LFDC mexicana nos ayuda a demostrar que el texto de Ley no es suficiente si no existe articulación posterior para hacer exigible tales derechos pues si se habla de garantías es porque se refiere a las sociales, en donde el Estado está obligado a *hacer* (tratar con respecto y consideración a los particulares).

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y es éste quizá el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto.²⁹⁹

Lo cual deja en claro que no basta la asunción de Leyes si en verdad se quiere regular el tópico asumido, sino que además se requiere de una articulación plena para dar efectividad a la norma.

En España el tópico de garantías se consolida y crea más de eficacia por la función agotadora que realiza su Constitución para defender los derechos fundamentales, pues acude incluso a la Declaración Universal de los Derechos Humanos según su artículo 10:

Título I. De los derechos y deberes fundamentales

Artículo 10.

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

Referencia que no existe en México con lo cual, la defensa a los derechos fundamentales es sólo interna. Por lo tanto, la asunción –en caso de realizarla- debe ser una actividad más amplia que la simple emulación de textos.

Lo anterior se dice en virtud de que la LFDC mexicana, a pesar de asumir la Ley española, no arroja grandes novedades pues repite disposiciones ya existentes en el Código Fiscal de la Federación, tales como:

Código Fiscal de la Federación	Ley Federal de los Derechos del Contribuyente
Artículo 50.- Las autoridades fiscales que al practicar visitas a los contribuyentes o al ejercer las facultades de comprobación a que se refiere el artículo 48 de este Código, conozcan de hechos u omisiones que entrañen incumplimiento de las disposiciones fiscales, determinaran las contribuciones omitidas mediante resolución que se notificara personalmente al contribuyente, dentro de un plazo máximo de seis meses contado a partir de la fecha en que se levante el acta final de la visita o, tratándose de la revisión de la contabilidad de los	Artículo 18.- Las autoridades fiscales contarán con un plazo de seis meses para determinar las contribuciones omitidas que conozcan con motivo del ejercicio de sus facultades de comprobación, sin perjuicio de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 16 de esta Ley. El cómputo del plazo se realizará a partir de los supuestos a que se refiere el artículo 50 del Código Fiscal de la Federación y le serán aplicables las reglas de suspensión que dicho numeral contempla. Si no lo hacen en dicho lapso, se entenderá de manera

²⁹⁹ Abramovich, Víctor y Curtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 38-39.

<p>contribuyentes que se efectuó en las oficinas de las autoridades fiscales, a partir de la fecha en que concluyan los plazos a que se refieren las fracciones VI y VII del artículo 48 de este Código.</p>	<p>definitiva que no existe crédito fiscal alguno a cargo del contribuyente por los hechos, contribuciones y períodos revisados.</p>
<p>Artículo 50. ...</p> <p>Siempre se podrá volver a determinar contribuciones o aprovechamientos omitidos correspondientes al mismo ejercicio, cuando se comprueben hechos diferentes.</p>	<p>Artículo 16.- ...</p> <p>No se podrán determinar nuevas omisiones de las contribuciones revisadas durante el periodo objeto del ejercicio de las facultades de comprobación, salvo cuando se comprueben hechos diferentes. La comprobación de hechos diferentes deberá estar sustentada en información, datos o documentos de terceros o en la revisión de conceptos específicos que no se hayan revisado con anterioridad.</p> <p>Artículo 19.- Cuando las autoridades fiscales determinen contribuciones omitidas, no podrán llevar a cabo determinaciones adicionales con base en los mismos hechos conocidos en una revisión, pero podrán hacerlo cuando se comprueben hechos diferentes. La comprobación de hechos diferentes deberá estar sustentada en información, datos o documentos de terceros o en la revisión de conceptos específicos que no se hayan revisado con anterioridad; en este último supuesto, la orden por la que se ejerzan las facultades de comprobación deberá estar debidamente motivada con la expresión de los nuevos conceptos a revisar.</p>
<p>Artículo 50.- ...</p> <p>En dicha resolución deberán señalarse los plazos en que la misma puede ser impugnada en el recurso administrativo y en el juicio contencioso administrativo. cuando en la resolución se omita el señalamiento de referencia, el contribuyente contara con el doble del plazo que establecen las disposiciones legales para interponer el recurso administrativo o el juicio contencioso administrativo.</p> <p>Artículo 132.- ...</p> <p>La resolución expresara con claridad los actos que se modifiquen y, si la modificación es parcial, se indicara el monto del crédito fiscal correspondiente. Asimismo, en dicha resolución deberán señalarse los plazos en que la misma puede ser impugnada en el juicio contencioso administrativo. Cuando en la resolución se omita el señalamiento de referencia, el contribuyente contara con el doble del plazo que establecen las disposiciones legales para interponer el juicio contencioso administrativo.</p>	<p>Artículo 23.- Los contribuyentes tendrán a su alcance los recursos y medios de defensa que procedan, en los términos de las disposiciones legales respectivas, contra los actos dictados por las autoridades fiscales, así como a que en la notificación de dichos actos se indique el recurso o medio de defensa procedente, el plazo para su interposición y el órgano ante el que debe formularse. Cuando en la resolución administrativa se omita el señalamiento de referencia, los contribuyentes contarán con el doble del plazo que establecen las disposiciones legales para interponer el recurso administrativo o el juicio contencioso administrativo.</p>

Se confirma así que la LFDC mexicana carece de sentido al no aportar un *novum* como es la expectativa de toda nueva disposición de observancia general.

Asimismo, la asunción que hace la LFCD mexicana a la LDGC española es selectiva pues la única parte innovativa de la LFDC es para establecer deberes tácitos al hablar de las multas que corresponden a los contribuyentes que ejercen su “derecho de autocorrección” (artículos 16 y 17):

Artículo 16.- Cuando durante el ejercicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, los contribuyentes corrijan su situación fiscal y haya transcurrido al menos, un plazo de tres meses contados a partir del inicio del ejercicio de dichas facultades, se dará por concluida la visita domiciliaria o la revisión de que se trate, si a juicio de las autoridades fiscales y conforme a la investigación realizada, se desprende que el contribuyente ha corregido en su totalidad las obligaciones fiscales por las que se ejercieron las facultades de comprobación y por el período objeto de revisión. En el supuesto mencionado, se hará constar la corrección fiscal mediante oficio que se hará del conocimiento del contribuyente y la conclusión de la visita domiciliaria o revisión de que se trate.

Artículo 17.- Los contribuyentes que corrijan su situación fiscal, pagarán una multa equivalente al 20% de las contribuciones omitidas, cuando el infractor las pague junto con sus accesorios después de que se inicie el ejercicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales y hasta antes de que se le notifique el acta final de la visita domiciliaria o el oficio de observaciones a que se refiere la fracción VI del artículo 48 del Código Fiscal de la Federación, según sea el caso.

Si el infractor paga las contribuciones omitidas junto con sus accesorios, después de que se notifique el acta final de la visita domiciliaria o el oficio de observaciones, según sea el caso, pero antes de la notificación de la resolución que determine el monto de las contribuciones omitidas, pagará una multa equivalente al 30% de las contribuciones omitidas.

Así mismo, podrán efectuar el pago en parcialidades de conformidad con lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, siempre que esté garantizado el interés fiscal.

En donde constantemente se invita al contribuyente a autocorregir su situación en cualquier momento de la revisión e incluso se le ofrecer una terminación anticipada de dicha revisión si se somete completamente al criterio de la autoridad, cuando lo cierto es que ésta aún no tiene la razón ni legalidad de sus actos pues la revisión no ha concluido, lo cual corrobora una vez más el Estado de Poder en México pues el texto asumido (LDGC española) no establece tales deberes tácitos a los particulares.

Dado lo anterior, la LFDC mexicana disloca los elementos inicialmente emulados y cae en contingencia porque al ser derecho ya escrito es inamovible por efectos de la tradición jurídica que nos rige (romano-canónica).

La tradición jurídica que adoptamos da por sentado que la legalidad se encuentra inserta en la norma y como tal, los actores de la sociedad (autoridades, particulares y jueces) deben seguir su inercia aún cuando su contenido sea contrario a las bases constitucionales, además que no se otorga verdadera fuerza integrativa e interpretativa al poder judicial pues la inercia de ésta tradición pugna por que la Ley escrita es el estandarte a seguir, dado lo cual, los particulares deben sujetarse al texto que eventualmente cae en desuso.

De acuerdo con el folclor, los jueces son sólo los operarios de una máquina diseñada por los científicos y construida por los legisladores y, en efecto, con frecuencia vemos, en la literatura del mundo de derecho civil, que se menciona a los jueces como los “operadores del derecho”. Cuando se plantea al juez un caso para su decisión, el juez extrae los hechos relevantes de los datos originales, caracteriza la cuestión legal que estos hechos presentan, encuentra la disposición legislativa apropiada y la aplica al problema. A menos que el juriconsulto y el legislador hayan desempeñado mal sus funciones, la tarea del juez es simple; sólo hay una solución correcta, y no hay lugar para el ejercicio de la discreción judicial. Si el juez tiene dificultades para encontrar la disposición aplicable, o para interpretar y aplicar tal disposición a la situación de hecho, una de las personas siguientes debe ser el culpable: el juez que no sabe cómo seguir instrucciones claras; el legislador, que no promulgó una legislación claramente enunciada y claramente aplicable; o el juriconsulto, que no ha percibido y corregido los defectos de la ciencia jurídica que enseña, o que no ha sabido instruir correctamente al legislador y al juez sobre lamenta como se deben redactar y aplicar los estatutos.³⁰⁰

Sin embargo, la norma escrita no es legalidad total pues de su interpretación no puede resolverse con el sentido de su creación como falsamente lo expone el inciso f) del artículo 72 de nuestra Constitución ya que ambos momentos son distintos: en tanto la interpretación es la etapa postlegislativa, la exposición de motivos es la etapa prelegislativa y el dictamen de las cámaras la etapa legislativa, todos ellos distintos por virtud de los diversos criterios, por lo que para cuando llegue el momento de interpretación, la realidad presente será distinta a la existente en el momento de creación de la Ley.

Desde el punto de vista argumentativo, cada un de esas fases –prelegislativa, legislativa y postlegislativa- tiene características propias, puesto que el papel que asumen los participantes en la discusión es diferente, al igual que lo son los presupuestos de que se parte en cada caso, los objetivos a lograr, los destinatarios de la argumentación, etc... Desde una perspectiva muy abstracta, puede decirse que los edictores son los autores de las normas; los destinatarios, aquéllos a quines éstas se dirigen; el sistema jurídico, el conjunto del que forma parte la nueva ley; los fines, los objetivos o metas (entendidos en el sentido más amplio) que se persiguen al establecer las leyes, y los valores, las ideas que sirven para justificar dichos fines.³⁰¹

Con ello, podemos notar que el derecho escrito y la tradición jurídica romano-canónica, en la forma que opera en México, no puede sostenerse más pues incurre constantemente en contingencia y conduce a resoluciones lentas en donde la dinámica social no puede esperar a que la impartición de justicia sea efectiva con procedimientos lentos, lo cual da lugar a que surjan códigos alternos para evitar o eludir la Ley, a lo cual el legislador responde – fuera de tiempo- con nuevas normas o modificación a las existentes y causa decepción para ambos: para el particular por sentirse sujeto a una norma injusta y, por ello, recurre a prácticas alternas ilegítimas (no ilegales) y el Estado por no alcanzar los propósitos de sus funciones lo cual produce un círculo vicioso en donde se confunde si la práctica del particular está mal por evadir la Ley o si la Ley está mal por sujetar al particular.

³⁰⁰ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 155-156.

³⁰¹ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 199.

De este tercer capítulo concluimos que:

- a) En los EUA cualquier juzgado puede estudiar cuestiones de inconstitucionalidad bajo la guía interpretativa del *living constitution* y la sentencia tiene efectos *erga omnes* por virtud del *stare decisis* con limitantes *greater restraint* (cuando pueda afectar la economía del país), mientras que en México persiste una dependencia a la SCJN;
- b) México asumió disposiciones de la Constitución de los EUA, pero sólo en argumentos políticos pues desatiende los argumentos de principios y desdeña el valor de los derechos fundamentales su disposición residual de la novena enmienda;
- c) Por su parte, en España se concentra la resolución de inconstitucionalidades en un Tribunal Constitucional el cual cuenta con tiempos marcados para emitir sentencia con efectos *erga omnes* lo que no existe ni opera en México, produciendo inseguridad jurídica a los impugnantes de leyes;
- d) Sin embargo, México asume extremadamente leyes españolas pero de forma selectiva pues el texto innovativo –no copiado– sólo robustece el poder del Estado.

Bajo dicha temática la pregunta es: ¿cuál es el camino a seguir? La respuesta a dicho cuestionamiento se brinda en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO IV LA LEY COMO EJE Y DESAJUSTE DE DEFENSA A LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

4.1. *La ley escrita como eje y su antinomia interlocutiva*

Como se ha visto en los capítulos anteriores, la *nomoestática* y *nomodinámica* de nuestro país establecen medios de defensa en contra de los actos y leyes del Estado. Sin embargo, todos ellos buscan reestablecer el orden que impone la norma pues si lo que se combate es un acto de autoridad se busca regresar a la norma secundaria y si se combate una ley secundaria se busca regresar a la norma primaria y así sólo volver a la universal inclusión.

Lo importante a notar aquí es que en cualquier caso existe siempre un estandarte escrito o eje de referencia que da lugar a la defensa, ya sea la Constitución para las Leyes secundarias o las leyes secundarias para los actos de autoridad.

En virtud de ello, es ideología constante que la justicia, equidad y todos los demás atributos de legalidad se encuentran insertos en la Ley, por lo que sólo resta aplicarla a la dinámica social. Sin embargo, ni la Ley ni los actos pueden ser siempre justos pues eventualmente incurren en errores y por tanto no alcanzan su fin y afectan a sus destinatarios, amén que el tiempo igualmente produce su ineficacia. Por ello, la clave del equilibrio/desequilibrio en un Estado dual -gobernantes y gobernados- es la norma.

Pero la norma escrita no es ya una solución a la dinámica social en México pues es un documento escrito en el presente que no puede prever todas las variantes que ésta desenvuelve día a día la cual es futuro respecto del texto.

Por eso, es constantemente un instrumento antinómico: primero hacia el pasado porque pretende regular un hecho ya acaecido que puede coincidir o no con lo escrito (dependiendo de la apreciación de los encargados de aplicarla), y hacia el futuro porque crea expectativas que pueden no suceder, lo cual crea su desuso.

Si el control social inicial es incompleto o incongruente, ya sea por contenido estricto o corto, por falta de inventiva o innovación legislativa o por conveniencia de imposición, surgen de inmediato códigos fácticos alternos y desatención a la realidad impuesta.

En Italia –pero me parece que, aunque en menor medida, también en Francia y España– numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz un gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y los *lobbies* de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento.³⁰²

³⁰² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 15.

Pero el mayor peligro de la norma escrita es su propia antinomia interlocutiva o intertextual en donde se contradice a sí misma al enfocarse acuciosamente un sólo aspecto de la dinámica social desatendiendo otros, lo cual crea paradojas.

Los textos posibilitan la autoobservación simplificada. En el proceso normal de las decisiones, el sistema se observa a sí mismo no como sistema-en-un-entorno, sino como una aglomeración de textos jurídicos que se remiten unos a otros. Últimamente se habla, con mayor laxitud, de “intertextualidad”.³⁰³

Ejemplo de ello lo advertimos con la reforma fiscal publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 1 de octubre de 2007 y vigente a partir del 1 de enero de 2008, se han ocasionado diversas antinomias:

a) La primera la encontramos con el nacimiento del Impuesto Empresarial a Tasa Única, la cual (IETU), como contribución complementaria al Impuesto Sobre la Renta (ISR) sigue su inercia pero con la diferencia de no permitir la deducción del pago de salarios y demás prestaciones de la relación obrero-patronal, reduciendo la posibilidad a simple acreditamiento, es decir, una resta que jamás producirá pérdidas en el resultado fiscal.

Más aún, el Impuesto Empresarial a Tasa Única no permite acreditar el pago de cantidades que a su vez son exentas –en términos de Impuesto Sobre la Renta- al trabajador que las recibe, con lo cual, se crea una antinomia de permisión/prohibición sobre un mismo objeto que proscribiera el principio de no contradicción, es decir, una misma cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Esta antinomia se incrementa con las disposiciones de seguridad social, en donde determinadas cantidades pagadas a los trabajadores integran su salario base de cotización para el pago de cuotas.

En resumen, la Ley tributaria –entendida como texto refundido- sanciona de forma negativa y a la vez de forma positiva un mismo elemento, lo cual crea falta de uniformidad que afecta el marco impositivo nacional y falta de certeza jurídica en los particulares.

La antinomia comentada puede mostrarse de la siguiente manera:

³⁰³ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 402.

Comparativo de integración, deducción y acreditamiento

Concepto	Seguro Social	ISR	IETU	
	Integra	Deducible	Deducible	Acreditable
Instrumentos de trabajo	no	si	si	no
Fondo de ahorro	no	si	no	no
Aportaciones de seguridad social	no	si	no	si
Alimentación y habitación	no (excepto art. 32 LSS)	si	no	no
Despensa (efectivo, vales)	no (si no rebasa 40% del SMG)	si	no	no
Premios de asistencia y puntualidad	no (si no rebasa 10% del SBC)	si	no	si
Tiempo extraordinario	no (en los márgenes de la LFT)	si	no	si
Gastos/Seguros Médicos	no (si no se paga al trabajador)	si	no	no
Seguros de Vida	no (si no se paga al trabajador)	si	no	no
Becas educacionales	no (si no se paga al trabajador)	si	no	no
Transporte	si	si	no	no
Lentes	no (si no se paga al trabajador)	si	no	no

Lo cual se hace más evidente si consideramos que el pago de salarios no es optativo sino un deber constitucional por tenor expreso del artículo 5:

Con lo cual se concluye que el principio de no contradicción es violentado por la única final tributaria de obtener más ingresos de los particulares sin importar la naturaleza del objeto.

b) La segunda la encontramos en la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (LIEPS), en el B de la fracción II del artículo 2 de dicho gravamen:

Artículo 2o. Al valor de los actos o actividades que a continuación se señalan, se aplicarán las tasas siguientes:...

II. En la prestación de los siguientes servicios:

A) ...

B) Realización de juegos con apuestas y sorteos, independientemente del nombre con el que se les designe, que requieran permiso de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal de Juegos y Sorteos y su Reglamento, los que realicen los organismos descentralizados, así como la realización de juegos o concursos en los que el premio se obtenga por la destreza del participante en el uso de máquinas, que en el desarrollo de aquéllos utilicen imágenes visuales electrónicas como números, símbolos, figuras u otras similares, que se efectúen en el territorio nacional. Quedan comprendidos en los juegos con apuestas, aquéllos en los que sólo se reciban, capten, crucen o exploten apuestas. Asimismo, quedan comprendidos en los sorteos, los concursos en los que se ofrezcan premios y en alguna etapa de su desarrollo intervenga directa o indirectamente el azar. 20%

En un esfuerzo del legislador por alcanzar la dinámica social, establece que el nuevo servicio sujeto a gravamen es la realización de juegos con apuestas y sorteos en cuyo desarrollo intervenga directa o indirectamente el “azar”, es decir, el azar es el elemento principal de dicho juego y no su nombre pues la Ley es muy clara al decir “*independientemente del nombre con el que se les designe*”.

Así, el impuesto es para las empresas que lo promueven y no para el participante, por lo que no existe retención al público en general (pues ésta figura opera sólo en las relaciones patrón-empleado, empresa-profesionista independiente o cliente-transportista)³⁰⁴, y al ser dicho “juego al azar” el objeto imponible, acorde al artículo 5 de Código Fiscal de la Federación la tasa del 20% debe aplicarse de forma estricta por establecer una carga.³⁰⁵

Pero si se descubre que un juego o sorteo, como aquellos que utilizan números, es manipulado para determinar los ganadores en virtud de la facilidad que arroja hoy en día la computación, luego entonces el juego o sorteo no se rige por el “azar” y por tanto será fraude, pero sin embargo, no sujeto a la LIEPS, ante lo cual el particular obtendrá –incluso– el derecho a la devolución de lo pagado por dicho impuesto.³⁰⁶

c) La tercera paradoja la encontramos con la novedosa Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo (LIDE) vigente a partir del 1 de julio de 2008, la cual señala que los depósitos en efectivo mayores a veinticinco mil pesos serán sujetos de recaudación a una tasa del 2% sobre el excedente de dicho monto.

Establece así el en su artículo 13 que los encargados de efectuar tal recaudación serán las instituciones del sistema financiero así como las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamos aún cuando éstas no forman parte del sistema financiero:

Artículo 13. Las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo autorizadas para operar como entidades de ahorro y crédito en los términos de la Ley de Ahorro y Crédito Popular, deberán cumplir con todas las obligaciones a que se refiere la presente Ley.

Sin embargo, la Ley de Ahorro y Crédito Popular (LACP) ha sido ampliamente combatida mediante el juicio de amparo en los últimos años por diversas Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, con lo cual, tales sociedades inconformes no están autorizadas en términos de la LACP ni consideran la posibilidad de autorizarse conforme a la misma.

Ante ello, la aplicación estricta del artículo 13 de la LIDE (por hablar del sujeto) nos lleva a concluir que las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo inconformes quedan

³⁰⁴ Acorde al artículo 113 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y artículo 1-A de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

³⁰⁵ Artículo 5o.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

³⁰⁶ Ello, desde luego, con base en argumentos de principio y no de política (recaudatoria en este caso) pues los primeros son el principal punto de estudio de nuestro trabajo.

automáticamente liberadas de la obligación de recaudar el 2% en virtud de su impugnación en amparo, pues la LIDE se ha referido sólo a las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo autorizadas para operar conforme a la Ley de Ahorro y Crédito Popular, pero si esa Ley está en duda dentro de un amparo aún no resuelto entonces no están obligadas a recaudar, además que su defensa es legítima y los mantiene en estado *sub-judice*.

d) La cuarta paradoja la encontramos dentro de la igualmente novedosa Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única (LIETU) -complementaria de la LISR-, la cual prevé en su artículo 11 que los contribuyentes pueden reducir del impuesto causado aquellas cantidades que resulten a favor cuando sus deducciones sean mayores a sus ingresos:

Artículo 11. Cuando el monto de las deducciones autorizadas por esta Ley sea mayor a los ingresos gravados por la misma percibidos en el ejercicio, los contribuyentes tendrán derecho a un crédito fiscal por el monto que resulte de aplicar la tasa establecida en el artículo 1 de la misma a la diferencia entre las deducciones autorizadas por esta Ley y los ingresos percibidos en el ejercicio.

El crédito fiscal que se determine en los términos del párrafo anterior se podrá acreditar por el contribuyente contra el impuesto empresarial a tasa única del ejercicio en los términos del artículo 8 de esta Ley, así como contra los pagos provisionales en los términos del artículo 10 de la misma, en los diez ejercicios siguientes hasta agotarlo.

No obstante, dicha permisión es antinómica del ISR (impuesto al cual complementa el IETU) pues cuando una persona moral en un año obtiene más deducciones que ingresos se le llama “pérdida fiscal” por el artículo 61 de la LISR:

Artículo 61. La pérdida fiscal se obtendrá de la diferencia entre los ingresos acumulables del ejercicio y las deducciones autorizadas por esta Ley, cuando el monto de estas últimas sea mayor que los ingresos...

Sin embargo, cuando una persona física tiene más deducciones que ingresos se le llama *discrepancia fiscal*, es decir, presuntamente se le considera evasor conforme al artículo 107 de la LISR:

Artículo 107. Cuando una persona física, aun cuando no esté inscrita en el Registro Federal de Contribuyentes, realice en un año de calendario erogaciones superiores a los ingresos que hubiere declarado en ese mismo año, las autoridades fiscales procederán como sigue:

- I. Comprobarán el monto de las erogaciones y la discrepancia con la declaración del contribuyente y darán a conocer a éste el resultado de dicha comprobación.
- II. El contribuyente, en un plazo de quince días, informará por escrito a las autoridades fiscales las razones que tuviera para inconformarse o el origen que explique la discrepancia y ofrecerá las pruebas que estimare convenientes, las que acompañará a su escrito o rendirá a más tardar dentro de los veinte días siguientes. En ningún caso los plazos para presentar el escrito y las pruebas señaladas excederán, en su conjunto, de treinta y cinco días.
- III. Si no se formula inconformidad o no se prueba el origen de la discrepancia, ésta se estimará ingreso de los señalados en el Capítulo IX de este Título en el año de que se trate y se formulará la liquidación respectiva.

Así, una pérdida fiscal de persona física es sancionada negativamente por la ISR y al mismo tiempo, sancionada positivamente para la LIETU, lo que demuestra una antinomia intertextual sustancial que genera incertidumbre jurídica a los particulares, sin desdeñar que la LIETU habla del “crédito fiscal” como cantidades que pueden restarse al impuesto causado, como algo favorable al contribuyente cuando por su parte el CFF establece en su artículo 4 una definición distinta y desfavorable a la misma palabra “crédito fiscal”:

Artículo 4o.- Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de sus accesorios o de aprovechamientos, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus funcionarios o empleados o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena.

Así, el crédito fiscal de la LIETU debería en verdad denominarse “débito fiscal” pues el artículo 4 del CFF –además de tener un sentido totalmente contrario- es anterior a la reforma comentada. Por lo que la coexistencia de dos referentes normativos produce conflicto intertextual formal entre la LISR y la LIETU.

e) En quinto lugar encontramos antinomias entre la LIETU y la LIDE (ambas nuevas), pues en tanto la primera permite deducir, acorde a la fracción VII de su artículo 5:

Artículo 5. Los contribuyentes sólo podrán efectuar las deducciones siguientes:...

VII. Los premios que **paguen en efectivo** las personas que organicen loterías, rifas, sorteos o juegos con apuestas y concursos de toda clase, autorizados conforme a las leyes respectivas.

Por su parte, la LIDE grava, acorde su artículo 1:

Artículo 1. Las personas físicas y morales, están obligadas al pago del impuesto establecido en esta Ley respecto de todos los depósitos **en efectivo**, en moneda nacional o extranjera, que se realicen en cualquier tipo de cuenta que tengan a su nombre en las instituciones del sistema financiero.

Lo que demuestra una antinomia más entre contribuciones nuevas. Sin embargo, lo que llama más nuestra atención de los ejemplos dados es que:

- i) Se trata de antinomias producidas por nuevas leyes nuevas; y
- ii) Se trata de antinomias producidas por nuevas contribuciones atinentes a lograr una mayor recaudación, lo cual confirma que *“cuando una solución para resolver un problema no lo logra en los primeros intentos, ya no es solución y se convierte en parte del problema”*³⁰⁷, pues si los nuevos textos incluyen -aún desde su publicación- antinomias intertextuales ¿cuál será su contingencia una vez llevadas a su aplicación?

³⁰⁷ Jaramillo Loya, Horacio, *Los consejos del búho*, México, Ed. Diana, 1996. p. 113.

En efecto, el panorama de aplicación de dichas normas no es óptimo pues incrementa la crisis de legalidad que en términos de Luigi Ferrajoli es:

La crisis afecta al *principio de legalidad*, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del Estado legislativo de Derecho. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, uso de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambos guiones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; ... Así, la racionalidad de la ley, que Hobbes había contrapuesto a la <<*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados>> del viejo Derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del Derecho, según el antiguo modelo premoderno con la consiguiente pérdida de certeza, de eficacia y de garantías.³⁰⁸

No obstante, Manuel Atienza ha brindado un esquema de solución al derecho escrito, el cual abordaremos a continuación, denominado:

4.2. Razón práctica y legislación

Mediante ésta figura, Manuel Atienza determina lo que la norma escrita debe brindar a los sujetos a quienes se dirige, y para ello expone lo siguiente:

De todas formas, el proceso de producción de leyes –la legislación– puede contemplarse de una manera relativamente unitaria si se considera que el mismo consiste en una serie de interacciones que tienen lugar entre los edictores, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores, y que dan lugar a diversas nociones o niveles de racionalidad, desde los que pueden evaluarse las leyes.

Desde una perspectiva muy abstracta, puede decirse que los edictores son los autores de las normas; los destinatarios, aquéllos a quienes éstas se dirigen; el sistema jurídico, el conjunto del que forma parte la nueva ley; los fines, los objetivos o metas (entendidos en el sentido más amplio) que se persiguen al establecerse las leyes, y los valores, las ideas que sirven para justificar dichos fines.³⁰⁹

Se entiende que las diversas personas que participan en la elaboración de la norma tienen una óptica distinta de su postura de la dinámica social pero aún así, los legisladores son los encargados de las normas de las cuales discurrirán consecuencias a las que el Estado deberá responder en caso de ser ajenas al fin buscado.

Niklas Luhmann lo ha denominado dimensión social de la norma (como expectativa contrafáctica o deóntica):

³⁰⁸ Ferrajoli, Luigi, *et al*, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 20.

³⁰⁹ Atienza, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona, Ed. Ariel, 2007, p. 199.

La dimensión social de las expectativas de comportamiento se generalizan a través de la *institucionalización*. La institucionalización de las expectativas significa que se puede presuponer el consenso general sin consideración del hecho de que cada uno no esté de acuerdo: el sujeto portador de la expectativa puede presuponer el consenso de los otros sin deber controlar opiniones y motivos individuales: regularmente esto evita el deber de poner y discutir la cuestión del consenso, y hace posible un acuerdo rápido en temas seleccionados de la discusión”. El que tenga opiniones diferentes debe tomar la iniciativa de contradecir, debe exponerse y al mismo tiempo debe afrontar el riesgo de esta exposición personal, es decir, debe afrontar el riesgo de que su comportamiento se le impute el carácter de desviación y que el sistema ponga en movimiento mecanismos tendientes a inmunizar las consecuencias desestabilizantes que se podrían derivar de tal comportamiento.³¹⁰

Lo cual denota legitimidad en la aprobación de la norma pero al mismo tiempo robustece el hecho de que el legislador puede obrar de forma indebida sin responsabilidad ulterior, pues basta que la Ley aprobada se declare inconstitucional para subsanar el error legislativo.

No obstante, ello no debe pasar desapercibido ya que bajo la temática actual, el Legislador aprueba normas en perjuicio del particular sin responsabilidad alguna pues aunque se sabe de antemano que no son acordes a la constitución, aún así se aplican para recaudar -al menos- de los no inconformes toda vez que ellos no se benefician de las sentencias de inconstitucionalidad por el principio de relatividad de la sentencia en amparo.

Lo anterior nos lleva a recordar el antiguo principio formulado por los juristas ingleses, en la época medieval, según el cual *the king can do not wrong* (el rey no puede hacer ilícito).

La irresponsabilidad de la Corona en el Reino Unido resultaba tradicionalmente de la combinación de dos principios obstativos, que se reforzaban mutuamente. Por un lado, el ya conocido *the king can do not wrong*, que operaba en el plano material; por otro, el de la inmunidad judicial de la Corona (doctrina de la *non stuation*), que actuaba en el plano procesal, haciendo depender la propia formalización de la litis de la previa formulación de una *petition of rights* a la que la Corona podía acceder mediante un *fiat justitia*.³¹¹

Y no obstante que dicho principio inglés ha sido superado en ese país, el Derecho escrito en México sigue tutelando la inmunidad del Estado y produce en los particulares el ánimo de evasión/elusión de la norma mediante sus lagunas a fin de ser igualmente inmunes.

Frente a ello, el Estado responde con nuevas normas sobre las ya escritas y a su vez el particular crea nuevas estrategias de evasión/elusión sobre las ya elaboradas en un círculo vicioso por el incomprensible empeño de continuar perseverando una tradición basada en la norma escrita que se agota en sí misma.

En virtud de ello, Manuel Atienza propone niveles de racionalidad para evitar desviaciones o decepciones, incoherencias o contradicciones así como el disenso, las cuales son:

³¹⁰ De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998, pp. 249-250.

³¹¹ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón., *Curso de Derecho Administrativo* t I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 358.

4.2.1. Racionalidad lingüística

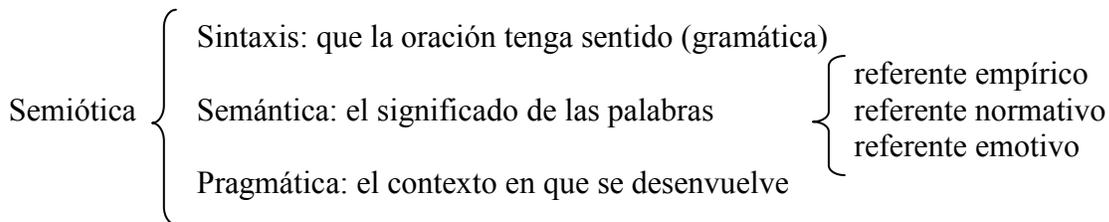
Denotado en la Constitución de México dentro del principio de legalidad, se reduce al texto de la norma a fin de hacerlo claro para los destinatarios subjetivos (gobernados, autoridades y juzgadores) y objetivos (sistema jurídico en el cual será vigente), esto es, la legalidad formal, para lo cual se señala:

La racionalidad lingüística –como hemos visto- implica que la legislación se ve como un proceso de comunicación, y la ley como una serie de enunciados- el mensaje o el contenido de la comunicación- que deben ser suficientemente claros, de manera que no contengan términos o frases ambiguas (que puedan interpretarse de más de una forma) o conceptos intolerablemente vagos (esto es, que generen una incertidumbre excesiva en cuanto a la determinación de su campo de aplicación).³¹²

El texto de la norma debe evitar caer en ambigüedades (alcance de aplicación) y vaguedades (varias interpretaciones). A su vez, la vaguedad discurre en dos planos: intensional o connotativo y extensional o denotativo:

... la *vaguedad* es otro de los <<defectos congénitos>> del lenguaje, considerablemente más grave en cuanto que afecta a los conceptos. Estos pueden analizarse en un plano intensional o connotativo y en plano extensional o denotativo. La *intensión* de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su *extensión* o referencia el campo de aplicabilidad del mismo.³¹³

La literalidad de la norma es importante pues de allí discurre su semántica e interpretación. Para ello, la semiótica considera tres puntos:



... consideramos a la semiótica como la ciencia de los signos... La semiótica, para estudiar los signos,... se compone de tres partes: la *sintaxis*, la *semántica* y la *pragmática*. La *sintaxis* es la parte de la semiótica que estudia las relaciones de los signos entre sí, es decir, estudia el orden y la secuencia de las palabras. Constituye la lógica del idioma... La *semántica* es la parte de la semiótica que estudia las relaciones de los signos con el significado... Por último, la *pragmática* es la parte de la semiótica que tiene por objeto de estudio las relaciones de los signos con su uso o con quienes los usan.³¹⁴

³¹² *Ibidem*, p. 201.

³¹³ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Ed. Fontamara, 2007, p. 18.

³¹⁴ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Ed. Cardenas, 2003, pp. 3,4,11.

Esto es, la norma retoma de la realidad determinados elementos de la dinámica social que pretende regular a través del documento escrito. No obstante, el problema cotidiano de la ley se incardina a su interior y arriba a dos problemas: semántico e interpretativo, en donde el primero implica el texto (conocer el verdadero significado de las palabras) y el segundo el contexto, pues es imposible aplicar una Ley si previamente no se ha leído bien:

a) Semántico: porque las palabras utilizadas no siempre se plasman con claridad y precisión, ante lo cual las autoridades aplican un referente normativo a partir de un referente empírico cuando ambos no siempre tienen el mismo significado:

... referente fáctico o empírico, ... es aquel que puede señalarse con el dedo, ostensiblemente, o que se refiere a un “estado de cosas”... Otro significado o referente de las palabras es el referente normativo. Es decir, hay palabras que se refieren a normas o, más bien, a modalidades normativas.³¹⁵

Como nos ha enseñado el mismo Kelsen, en los sistemas llamados <<nomodinámicos>>, los de derecho positivo, la existencia de una norma y por tanto de los derechos o de los deberes que ella comporta no se deduce de otras normas, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas llamados <<nomoestáticos>>, como la moral y el derecho natural. Por el contrario, se induce, como *hecho empírico*, del acto de su producción.³¹⁶

Consideramos que en tanto el referente empírico es el concepto, el referente normativo es la concepción, pues según Dworkin ambos se diferencian de la siguiente manera:

El contraste entre concepto y concepción es aquí un contraste entre niveles de abstracción en los que puede ser estudiada la interpretación de dicha práctica, en el primer nivel, el acuerdo se concentra alrededor de ideas discretas utilizadas indiscutiblemente en todas las interpretaciones; en el segundo, se identifica y asume la controversia latente en esta abstracción... La distinción entre concepto y concepción, entendida en este espíritu y realizada para estos propósitos, es muy diferente de la distinción más familiar entre el significado de una palabra y su extensión...³¹⁷

Lo anterior ha sido denominado a su vez por Luhmann, en sentido análogo al recién comentado, como dimensión material de la norma:

En la dimensión material la generalización de las expectativas de comportamiento se opera a través de “la identificación del sentido de las expectativas y de su fundamento, independientemente de la situación”... El sentido se fija a través de la identificación de “personas concretamente conocidas, de roles, de programas de decisión (objetivos enormes condicionales y de valores abstractos, los cuales valen de manera extremadamente diferencia como criterios de lo que puede ser objeto de expectativa. A través de esta dimensión de la generalización, se asegura la estabilización de unidad de sentido y de contextos de sentido, independientemente de la diversidad material de las expectativas. Sin embargo, este proceso, precias Luhmann, no garantiza que el problema de la complejidad desaparezca sin dejar residuos: el esfuerzo tendiente a la comprensión de la complejidad a través de la identificación

³¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

³¹⁶ Ferrajoli Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 117.

³¹⁷ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005, p. 61.

del sentido lleva a su vez a la especificación de las estructuras de sentido generalizadas; de esa especificación surgen contradicciones que el sistema debe afrontar y resolver: contradicciones entre personales, roles, programas, valores.³¹⁸

Pero si la norma no emplea correctamente el lenguaje encontramos un problema semántico. Por ejemplo, la fracción VI del artículo 14 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado (LIVA) señala, como hipótesis de incidencia tributaria, que:

Artículo 14.- Para los efectos de esta Ley se considera prestación de servicios independientes:...

VI.- Toda otra obligación de dar, de no hacer o de permitir, asumida por una persona en beneficio de otra...

La palabra “beneficio” evita ambigüedad empírica (o de *concepto*) pues todos conocemos que un beneficio es algo favorable para alguien, verbigracia, me beneficia que el jefe de mis clientes llegue temprano a una reunión para platicar con él temas que no podría comentar frente a los demás. También me beneficia la demora de un vuelo si arribo tarde al aeropuerto.

No obstante, no se evita el problema de vaguedad (o de *concepción*) ya que el “beneficio” a que se refiere la fracción VI no debe entenderse con la noción empírica pues si cualquier beneficio fuera motivo de Impuesto al Valor Agregado ello produciría un sinfín de tribuciones tales como el descanso, la mejora cultural o intelectual, entre otros beneficios, por lo que el problema es una vaguedad extensional.

Por eso hemos de concluir sobre este ejemplo que si la norma tiene fines tributarios entonces el “beneficio” debe ser “económico” para generar el pago de Impuesto al Valor Agregado pues la tributación está encaminada a resultados económicos valorables en numerario, tan es así que el pago de contribuciones se prevé en efectivo aún cuando se cause en moneda extranjera acorde al artículo 20 del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 20.- Las contribuciones y sus accesorios se causarán y pagarán en moneda nacional. Los pagos que deban efectuarse en el extranjero se podrán realizar en la moneda del país de que se trate.

Por eso, la autoridad fiscal no podrá considerar que causa Impuesto al Valor Agregado, verbigracia, el pago de cuotas de mantenimiento que realicen los socios o accionistas (y no miembros) de un club deportivo si el beneficio que reciben no es económico sino sólo de relajamiento y descanso.

En efecto, la norma fiscal resulta clara en algunas ocasiones, y en otras no, pues el beneficio, en contraparte del ejemplo citado, si es bien acotado textualmente, verbigracia, por el quinto párrafo del artículo 8 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta:

³¹⁸ De Giorgi, Raffaele, *op. cit.*, p. 249.

Artículo 8o. ...

Para los efectos de esta Ley, se considera previsión social, las erogaciones efectuadas por los patronos a favor de sus trabajadores que tengan por objeto satisfacer contingencias o necesidades presentes o futuras, así como el otorgar beneficios a favor de dichos trabajadores, tendientes a su superación física, social, económica o cultural, que les permitan el mejoramiento en su calidad de vida y en la de su familia.

Con lo que se hace más claro el problema de vaguedad de la fracción VI del artículo 14 de la Ley del IVA aportado como ejemplo, con el cual se muestra que su indebida aplicación puede venir de un error semántico y no interpretativo, es decir, un paso anterior, pues si el aplicador de la norma no tiene en claro el concepto, es decir, no tiene clara la lectura de la ley, entonces no podrá llegar a su concepción.

b) Interpretativo: porque se debe saber el alcance conceptual, temporal y espacial de la norma, lo que implica que ésta –como *enunciado*- tiene ya relación con el *hecho*. Si el hecho no es debidamente apreciado o la semántica de la ley no es debidamente entendida no puede partirse a una interpretación para aplicar la norma pues recordemos que la interpretación o integración tienen como única finalidad *aplicar* la norma.

Un nuevo ejemplo de ambigüedad de *enunciado* lo encontramos en el artículo 5 Constitucional con los *derechos-autonomía* o *derechos-libertad*, cuya *indisponibilidad activa e indisponibilidad pasiva* se plasma en su quinto párrafo:

Artículo 5o.- ...

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Pero si del texto transcrito se interpreta que la celebración de contratos, pactos o convenios es sólo aquello que establece el Código Civil Federal, entonces tenemos un problema de ambigüedad ya que contrato o convenio es el nombre genérico que en muchas ocasiones se utiliza a la firma de acuerdos entre dos partes, como por ejemplo puede ser la concesión o autorización, por lo tanto, la ambigüedad surge si se le quiere dar al artículo comentado un trato restringido para dichas formas de acordar voluntades.

Asimismo, encontramos vaguedad extensional del artículo puesto en ejemplo pues si se considera que la celebración de contratos, pactos o convenios es sólo entre particulares y no también entre particulares y el Estado, entonces el alcance de la norma se pierde y se limita al campo del Derecho Civil haciendo de ello una garantía laxa, restringida y débil, lo cual es indebido pues existen diversos ejemplos en los cuales se obliga al particular a celebrar contratos con el Estado en contra su libertad contractual, verbigracia, el artículo 82 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular:

Artículo 82.- Para efectos de lo señalado en el artículo 81 anterior, la Entidad celebrará un contrato de afiliación con la Federación, en el que se establecerá, entre otras estipulaciones la conformidad por parte de la Entidad con los términos y condiciones en que se ejercerá la

facultad de supervisión auxiliar, previstos en esta Ley, en las disposiciones que de ella emanen, así como en el reglamento interior de la Federación, y el reconocimiento de la Entidad para sujetarse a las medidas correctivas y mecanismos previstos en la Sección Quinta, Capítulo II, Título Tercero de esta Ley, que instrumente la Federación.

Asimismo, si se considera a la libertad exclusivamente dentro del referente empírico, el alcance será –comúnmente- sólo a la “libertad corporal” y en consecuencia su aplicación será limitada y generará que la garantía se interprete de forma restringida pues la libertad es un concepto (referente empírico) al cual la Constitución le arroga diversas concepciones (referente normativo): libertad contractual, económica, de circulación/transito, entre otras (derechos-libertad o de autodeterminación), por lo que si el artículo 5 constitucional no limita la libertad a un referente normativo específico, la *indisponibilidad activa y pasiva* no debe ceñirse a una sola concepción.

Atender sólo al referente empírico y no al normativo al momento de aplicar la norma es una costumbre errada que por repetición produce contingencia constante, además de que las normas, en diversas ocasiones, acuden a uno u otro produciendo más problemas semánticos e interpretativos, lo que nos lleva a concluir hasta este punto que la racionalidad lingüística es inmanente a la legalidad formal o mera legalidad. Sin embargo, para arribar a la eficacia de la norma debemos atender igualmente a las siguientes racionalidades:

4.2.2. Racionalidad jurídico-formal

Implica que la norma sea congruente de forma interna y externa, es decir, consigo misma pero también con el marco jurídico en el cual se desenvolverá.

Desde esta perspectiva, legislar racionalmente significa hacerlo respetando los criterios de forma y de contenido establecidos por el propio ordenamiento jurídico y procurando que la nueva ley se integre armónicamente en el mismo. Esa exigencia de sistematicidad, por otro lado, puede contemplarse tanto desde un punto de vista interno (esto es, considerando únicamente la ley en cuestión o el campo concreto que regula), como externo (considerando también el resto de las reglas y principios de ordenamiento jurídico y, en particular, las de jerarquía superior; las normas constitucionales).³¹⁹

A fin de evitar lagunas (a lo interno), ya sea primarias o secundarias, en emulación al tipo de garantías de igual índole:

La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídico con su titular,... la que he llamado *garantía primaria*: <<No hay derecho subjetivo en relación con una persona... sin el correspondiente deber jurídico de otra>>. La segunda es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, la que he llamado *garantía secundaria*: <<El derecho subjetivo [consiste] no en el presunto interés, sino en la protección jurídica>>... De forma análoga, es muy posible que de hecho no existe la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del otro. En otras palabras, que existan *lagunas primarias* por defecto de estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las *garantías primarias* del derecho

³¹⁹ Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 209-210.

subjetivo, y las *lagunas secundarias*, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violación, o sea, a aplicar las *garantías secundarias*.³²⁰

O evitar antinomias (a lo externo), es decir, contradicciones o conflictos intertextuales con las demás normas –como las referidas al inicio del presente capítulo que bien sirven de ejemplo para ésta racionalidad comentada–.

Ciertamente es posible que en un sistema de derecho positivo existan de hecho *antinomias*, o sea, contradicciones entre normas, más allá de la existencia de criterios para su solución, que, a su vez, también es un hecho, que junto a la libertad, y por tanto al permiso de manifestar libremente el propio pensamiento exista, como por ejemplo en el derecho italiano, la prohibición penal del *vilipendio* o existencia de normas en conflicto, o sea, en nuestro ejemplo, la existencia del permiso y a la vez la prohibición del mismo comportamiento.³²¹ En el derecho italiano, por ejemplo, una misma manifestación del pensamiento está permitida por el artículo 21 de la constitución y simultáneamente prohibida como delito de opinión por el código penal; y no a todos los derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho al trabajo o a la salud, les corresponde la previsión de las obligaciones correlativas dirigidas a sujetos determinados.³²²

Lo cual hace especial énfasis en el principio de no contradicción.

No es, pues, verdad por ejemplo, que no se dé el caso, en conflicto con el principio de no contradicción, de que un mismo comportamiento esté permitido y prohibido al mismo tiempo; del mismo modo que no es verdad que para todo derecho exista siempre la obligación o la prohibición correlativa, de conformidad, por ejemplo, con la definición “derecho subjetivo” como expectativa que se refleja en una obligación o una prohibición para un tercero.³²³ En suma, el principio de no contradicción, o sea, la prohibición de antinomias, es, respecto al derecho positivo, un principio normativo.³²⁴

Pues a la norma no debe vérselo sólo *en sí* sino también *fuera de sí* para lograr integridad. Dicha racionalidad es traducida en nuestra Constitución como legalidad sustancial o estricta legalidad, pues el nuevo ordenamiento debe adaptarse plenamente al sistema jurídico dentro del cual nace para evitar contradicciones/antinomias que conlleven a su rechazo posterior.

Esto es, al igual que el cuerpo humano rechaza, después de un trasplante, cualquier órgano ajeno a él por falta de compatibilidad, una nueva norma también corre el riesgo de ser ajeno al sistema en el cual se incardina y por tanto, eventualmente será rechazada por causar antinomias cuyos ejemplos se expusieron al inicio de este capítulo.

De esta forma, las antinomias de la norma la llevan a caer en desuso o ser fácilmente evitada por sus destinatarios pues recordemos que la resistencia a una norma surge porque el particular tiene derecho (subjetivo) a actuar contra ese Derecho (objetivo).

³²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 61-62.

³²¹ *Ibidem*, p. 61.

³²² Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, Ed. Fontamara, 2006, p. 134.

³²³ *idem*.

³²⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 61.

Además de que no se requiere forzosamente de un acto de resistencia para dejar de atender la norma ya que puede surgir una manera más sutil consistente en eludir la aprovechando sus lagunas, lo cual hace evidente una falta de simetría jurídica, es decir, el particular puede hacer/dejar de hacer algo que signifique alejarse de lo escrito por vacíos normativos, en cuyo caso la norma cae en desuso e ineficacia.

En conclusión a este punto podemos decir que la resistencia del particular puede ser directa (impugnar la norma) o indirecta (evitar su aplicación mediante elusión), lo cual no es ilícito pues es una conducta al margen de lo no escrito el cual es aprovechado por el particular como oportunidad de inaplicación.

Es por ello, que la solución al conflicto intertextual de normas es abordado por Robert Alexy al hablar de conflicto de reglas, en donde las dos soluciones que propone son:

- a) incluir una excepción en cualquiera de las dos reglas para dar congruencia a ellas; o
- b) invalidar alguna de las dos reglas.

En palabras de Robert Alexy:

Un conflicto de reglas sólo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida... Más allá de la forma en que se fundamenten, debe excluirse la posibilidad de que sean válido dos juicios concretos de deber ser, contradictorios entre sí.³²⁵

Lo cual sería una muy buena solución en nuestro país, pues indebidamente la Corte ha establecido que la inconstitucionalidad de una Ley surge sólo cuando crea un conflicto con la Constitución³²⁶, no obstante, si ésta señala –como superior de todas las leyes- que una de ellas puede ser contradictoria con otra, entonces se tiene la posibilidad exclusión comentada por Alexy mediante el juicio de amparo –en el caso mexicano- pues es la propia Constitución la que en sus principios pugna por la no contradicción intertextual.

4.2.3. Racionalidad pragmática

La pragmatidad en una norma implica que su aplicación cumpla el objeto para el cual fue creada (económico, social, financiero, cultural, entre otros), y para ello debe procurar tener igual número de sanciones positivas (derechos) y sanciones negativas (obligaciones/multas) que en conjunto equilibren la expectativa deóntica.

De lo que aquí se trata es de que la conducta de los destinatarios –autoridades y particulares- se adecue a lo prescrito por las leyes; esto es, que las leyes no sean sólo enunciados lingüísticos o directivas- normas- formalmente válidas, sino también Derecho en acción, **Derecho eficaz**. Ahora bien, una ley –o parte de una ley- puede resultar ineficaz por factores

³²⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 69.

³²⁶ LEYES, INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS. *La inconstitucionalidad de una ley surge de la contradicción de ésta y un precepto de la Constitución y no de conflictos entre leyes de la misma jerarquía.*

de tipo subjetivo u objetivo: en el primer supuesto, los destinatarios no están suficientemente motivados para cumplir las leyes (la ley –cabría decir- no ha establecido **sanciones** –negativas y positivas- adecuadas, no ha sido suficientemente conocida, etc.); en el segundo, la ley no se puede cumplir por falta de medios operativos...³²⁷

El legislador debe incluir en la norma fiscal elementos impositivos y neutralizadores pues aún cuando es deber de los particulares cumplirla, ésta no será autoaplicada si su contenido contiene sólo elementos impositivos -que pueden llegar a ser opresivos o represivos- y no elementos neutralizadores que compensen el peso impositivo por el buen acatamiento.

Esta racionalidad se refleja en nuestra Constitución con el principio de proporcionalidad puesto que la norma debe contener equilibrio entre derechos y obligaciones fiscales para que el particular obtenga una recompensa o castigo de igual índole ante su cumplimiento y desatención indebida –y no accidental- respectivamente. Sin dejar de considerar, desde luego, que la norma cumple con la legalidad formal y sustancial, pues sin ello es imposible avanzar a la presente racionalidad.

Si la norma es reflejo de lo que ya existe en el mundo, entonces su contenido no es innovador pues el legislador no crea algo nuevo sino simplemente reconoce lo ya existente. Verbigracia, la Constitución no creó la vida, sólo la reconoce y tutela a través de garantías,³²⁸ razón por la cual la tarea legislativa no debe ser complicada a la luz de la presente racionalidad pues si se pretende legislar un determinado aspecto de la realidad social, al legislador le corresponde sólo regularla con todo su entorno ya que si es selectivo y sólo reconoce limitados elementos positivos (derechos) y externa mayores elementos negativos (obligaciones), producirá desproporción e inconstitucionalidad.

De ello se sigue que el cumplimiento de la norma será espontáneo si el particular advierte: *i)* un beneficio en su aplicación; *ii)* ausencia de sanciones graves/represivas; o *iii)* ausencia de conductas forzosas a realizar en contra de su libertad contractual, económica, entre otras.

Esto es, la existencia de operadores deónticos que lo estimulen a realizar las conductas sugeridas, por lo que la ley juega un doble papel: servir de instrumento a los fines buscados y persuadir a su cumplimiento mediante la imposición de sanciones positivas/negativas.

El sentimiento que el legislador pretende crear a los particulares que desatienden o rechazan una ley es de culpa –como es implícita de las sanciones negativas-. Pero si la norma es injusta para los particulares entonces el sentimiento de éstos será de desanimo y aversión, lo cual ni mil normas escritas –provenientes de la evasión/elusión a la primaria- podrán corregir pues el Derecho no educa sino simplemente regula.

Así la norma carece de rectitud, pues al ser un acto de habla, tiene tres fases a cumplir conforme a la concepción de Habermas:

³²⁷ Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 218-219.

³²⁸ Amén que como bien dice Ferrajoli en una cita anterior del presente trabajo, no se puede ser más libre o estar más vivo porque la libertad y la vida ya existen y son una sola cosa. Sin embargo, si se puede ser más rico porque es una invención del hombre y por ello es el dinero es más de un solo billete o un sólo número.

Según Habermas, podemos distinguir tres fases en el desarrollo de los actos de habla: la afirmación de las pretensiones de validez de los actos de habla; la problematización de las pretensiones de validez de los actos de habla y el desempeño de las pretensiones de validez de los actos de habla problematizadas. El primer momento, la afirmación de o las pretensiones de validez de los actos de habla, significa que cualquier acto de habla pretende valer en esos cuatro aspectos: la inteligibilidad, la verdad, la veracidad y la rectitud. Pero son sólo eso, pretensiones. No quiere decir que realmente valgan esos cuatro aspectos... Por último, la rectitud, se refiere al elemento ilocucionario, también y consiste en que la intención ilocucionaria no sea la de imponer los actos de habla, violentamente. La violencia de un acto de habla puede ser, a su vez, abierta o subrepticia. Existe, en este punto, un problema conceptual, si aplicamos la teoría de los actos de habla al derecho, pues éste, por su naturaleza, es coactivo, lo cual es incompatible con la pretensión de la rectitud de aquellos que excluye a la violencia, entre otras patologías. Sin embargo, esta dificultad se puede enfrentar diciendo que los actos jurídicos de habla sólo podrán ser impositivos, éticamente, si son el resultado de una comunicación racional y no su condición. Es decir, los actos de habla regulativos podrán ser impositivos sólo si son el resultado de actos de habla argumentativos, libres de toda coacción, durante los procedimientos de creación o de aplicación del derecho. Por ello, cuando, por razón de la ética de la responsabilidad, los actos jurídicos de habla seña impositivos (vg. La orden de aprehensión, auto de formal prisión) la ética de la autenticidad deberá compensar o neutralizar dicha imposición (libertad bajo caución). Por su parte, el momento de la problematización de los actos de habla significa que cualquiera de los interlocutores puede cuestionar la validez de los actos de habla del otro, en cualquiera de sus pretensiones de validez. Es decir, puede señalar cualquier de las patologías comunicativas que se presenten en ausencia de los requisitos de validez: oscuridad, error, falsedad y la imposición. Por último, el desempeño de las pretensiones de validez problematizadas significa responder a los cuestionamientos hechos en la problematización. Es ésta, una obligación comunicativa de quien se han problematizado sus actos de habla. De este modo, si se ha problematizado la pretensión de inteligibilidad, se deben hacer aclaraciones; si se ha cuestionado la verdad, se deben hacer explicaciones y si se han cuestionado las pretensiones de veracidad o de rectitud deben hacerse justificaciones.³²⁹

Lo cual puede esquematizarse de la siguiente manera:

Pretensión de validez de los actos de habla según Habermas		
Afirmación	Problematización	Desempeño
Inteligibilidad	Oscuridad	Aclaraciones
Verdad { Correspondencia (entre <i>enunciados</i>) Coherencia (<i>enunciados</i> y <i>hechos</i>) Consenso (alguien lo dicta)	Error	Explicaciones
Veracidad	Falsedad	Justificar
Rectitud	Imposición	Justificar

³²⁹ Berumen Campos, Arturo, “Revista de la facultad de derecho de México” T LVII, número 247, enero-junio 2007, México, UNAM, pp. 153-154.

Por lo que el Estado debe *explicar* dentro de la exposición de motivos, dentro del dictamen de las cámaras y más aún, dentro del juicio de amparo por qué la norma –y en qué parte de su texto- equilibra las sanciones positivas y negativas al igual que debe *justificar* la veracidad de su fin y la rectitud de su dictado para evitar que se imponga sin mayores razonamiento.

Dado ello, si la ley no esté debidamente equilibrada con sanciones positivas y negativas, la norma no será efectiva. Ante lo cual surge el cuestionamiento ¿cuándo una norma establece sanciones positivas y cuándo negativas?

La respuesta la obtenemos de su sustancialidad, pues las sanciones positivas serán los derechos y las negativas las obligaciones, ambos existentes en Derecho Administrativo y Derecho Fiscal en donde el Estado y su poder se hacen presentes y la necesidad de derechos particulares surge al encontrarse en una relación de subordinación, para lo cual Manuel Atienza –acudiendo a la deóntica jurídica- comenta lo siguiente:

En la terminología de Von Wright (1970), el supuesto de hecho serían las condiciones de aplicación de la norma; la consecuencia jurídica, el contenido de la norma; y lo que une el supuesto de hecho a la consecuencia, el operador deóntico (obligatorio, prohibido y permitido). Esos tres elementos constituyen el núcleo normativo.³³⁰

Esto es, la norma contiene tres elementos:

- i) El supuesto fáctico o de hecho (condiciones de aplicación);
- ii) El operador deóntico (obligación, prohibición o permisión); y
- iii) La consecuencia jurídica (contenido mismo de la norma)

Por lo que la connotación de derecho u obligación deriva del operador deóntico, el cual, al consistir en *permisión* se trata de derechos y al ser *obligaciones* o *prohibiciones* son –precisamente- obligaciones. Dado lo cual, los derechos se vuelven inalienables de *indisponibilidad activa* (es decir, su titular no puede firmar su renuncia pues lo prohíbe el párrafo quinto del 5 constitucional) e *indisponibilidad pasiva* (por terceros, incluyendo a las autoridades) pues es sólo la Constitución quien lo puede determinar (artículo 1).

De lo que se obtiene que un derecho brindado por Ley no puede restringirse por simple interpretación –indebida- de las autoridades o mala lectura de la norma, pues sólo la Constitución puede suspender o restringirlos según el primer párrafo del artículo 1:

Artículo 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

En el entendido de que el motivo de restringir un determinado derecho (individual o colectivo) debe estar justificado y a la vez no romper el equilibrio entre sanciones positivas y sanciones negativas.

³³⁰ Atienza, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona, Ed. Ariel, 2007, p. 206.

Por lo tanto –según el discurso de la Constitución- sólo ésta puede establecer en qué casos se restringe o suspende un derecho, sin que quede a arbitrio de las autoridades decidir –por indebida interpretación- cuándo procede restringir, suspender, extinguir o cualquier otro efecto negativo de un derecho.

No obstante, en la práctica, el operador deóntico siempre es burlado a capricho e interpretación subjetiva -y muchas veces ni interpretación sino simple falta de cognición semántica- de las autoridades administrativas, aún cuando el octavo párrafo del artículo 94 Constitucional establece que sólo corresponde al poder judicial interpretar las normas.

Un punto adicional a comentar es que el legislador proscribió la racionalidad pragmática por actividad legislativa incompleta, pues las leyes dejan de señalar lo que en diversos momentos se espera.

Alexy afirma que <<(u)na acción puede ser imposibilitada jurídicamente sólo si es un *acto jurídico*. Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ella son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el *acto jurídico* de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el *acto jurídico* de fundación de sociedades, sin el derecho matrimonial no sería posible el *acto jurídico* de celebración del matrimonio, sin el derecho procesal, no sería posible el *acto jurídico* de la demanda, y sin el derecho electoral, el *acto jurídico* del sufragio. El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como acciones institucionales. Las acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. Por lo tanto, entre la derogación de estas normas y la imposibilidad de las acciones institucionales existe una relación conceptual>>... Nuestro argumento es aquí complementario al de Alexy: las <<acciones jurídicas institucionales>> no sólo son imposibilitadas cuando se deroga las normas que para ellas son constitutivas, sino también cuando no se las crea... Alexy retoma el punto cuando trata los derechos acciones positivas, que distingue entre derechos a acciones positivas *fácticas*, y a acciones positivas *normativas*. Los derechos a acciones positivas normativas son <<derechos a actos estatales de imposición de norma>>.³³¹

Así pues, la ausencia de normas que desarrollen los derechos y permitan reclamar su justiciabilidad es su contingencia pues los encierra en el texto de la Ley y reducen la actuación del poder judicial. Esto es, si los derechos sólo son evocados más no articulados para su defensa y contrario a ello, las obligaciones si están desarrolladas altamente en las normas secundarias junto a la constante especificación de facultades de las autoridades, obtenemos que sólo existen –o existen más- sanciones negativas que sanciones positivas.

Con ello, se arriba al extremo de proscripción a la racionalidad pragmática pues lejos de establecer un equilibrio entre sanciones positivas y negativas, advertimos que en muchas ocasiones simplemente se establece un derecho pero sin articulación que permita exigir su cumplimiento, o bien, puede ni siquiera ser nombrado dentro del Derecho escrito como se hizo notar en el capítulo II al hablar de improcedencia del amparo contra omisiones.

³³¹ *Cit. pos.* Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 33.

En efecto, como comentario final a la racionalidad pragmática que venimos analizando, podemos decir que para que exista equilibrio entre sanciones positivas y negativas dentro de la Ley de Amparo –y efectividad de dicha instancia- debe permitirse la impugnación de omisiones hasta hoy olvidada, por lo que debe cambiarse de “acto reclamado” a “conducta reclamada” pues recordemos que la conducta es el género y el acto/omisión la especie.

Así, al reclamarse la violación por omisión, el particular tendrá oportunidad (sanción positiva) de combatir la facultad/atribución no ejercida frente a un acto notorio (artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles) señalando el artículo de Ley que establece la facultad/atribución a favor del Estado que no ha sido ejercida en tiempo y forma para devolver efectividad a las garantías sociales.

Igualmente debe cambiarse de una sentencia de amparo contra leyes con efectos *inter partes* a una sentencia con efectos *erga omnes*, pues es sanción negativa que sólo los impugnantes obtengan resolución favorable y respecto de los demás el Estado pueda seguir aplicándola sin sanción, pese a ser reconocida ya como inconstitucional.

4.2.4. Racionalidad teleológica

La norma tiene una finalidad pues carecería de sentido su elaboración sin un fin, el cual se pretende que sea claro, presente, determinado/determinable y realizable. Sin embargo, la finalidad puede cumplirse o no lo cual sólo se sabrá una vez que es puesta en aplicación.

Contempladas desde esta perspectiva, las leyes no son otra cosa que instrumentos para alcanzar determinados objetivos sociales. Ahora bien, uno de los problemas que puede surgir aquí es que no siempre es fácil saber qué contenidos normativos son los más idóneos para alcanzar esos fines, o incluso si esos medios son en absoluto idóneos; por eso, la eficacia de una ley no es lo mismo que su eficiencia social es posible que los destinatarios –particulares y autoridades- cumplan puntualmente con lo establecido pero que, sin embargo, no se alcancen los objetivos previstos. El otro tipo de problema es que esos objetivos sociales pueden, por diversas razones, no ser claros.³³²

El resultado de la aplicación de la ley respecto a su fin puede ser negativo o positivo. En caso de ser negativo será: *i*) porque los fines no se cumplan, o *ii*) porque los fines no son claros, entre otras tantas variantes.

Los fines de la norma son extremadamente delicados pues su desenvolvimiento desde la estática (por ser documento escrito) puede ser superado por la dinámica social ya que los hechos sociales varían día a día.

La doctrina ha adoptado algunos criterios al igual que ha rechazado otros para establecer fines. De entre los más conocidos en materia fiscal son los fines fiscales, parafiscales y extrafiscales, cuyo último de ellos se define de la siguiente manera:

³³² *Ibidem*, *op. cit.*, p. 222.

La actividad financiera con finalidad extrafiscal procura atender el interés público en forma directa, y para ello utiliza la actividad financiera gubernamental, cumpliendo distintas actuaciones y tomando intervención en diferentes acciones desarrolladas por la comunidad. Esta intervención, como forma de satisfacción de las necesidades públicas, se lleva a cabo tanto mediante la política de gastos públicos,... como también por medio de los recursos públicos,... Cuando el fin perseguido es extrafiscal, las medidas pueden ser de distinto tipo, a saber:

- a) Se pueden producir medidas persuasivas con respecto a actividades que no se consideran convenientes, por lo que procede a desalentarlas mediante medios financieros, cual es el incremento de alícuotas en los tributos, la creación de sobretasas, adicionales o recargos.
- b) Al contrario, el Estado puede decidir realizar acciones alentadoras para atraer ciertas actividades económicas, científicas, culturales o de otro tipo, que estime necesarias y útiles para el país...
- c) También se desarrolla la finalidad extrafiscal mediante medios financieros cuando se resuelve percibir tributos de alto monto para debilitar ciertas posiciones patrimoniales y reductivas de los sujetos que se desea alcanzar, como manera de modificar la estructura en la distribución de los patrimonios y las rentas.³³³

Los dos primeros discurren de argumentos de principios y el último de argumentos de política pues en tanto los fines fiscales y parafiscales se encuentran legitimados por los artículos 31, fracción IV y 123 apartado A fracción XI, ambos de la Constitución, el último no tiene soporte legal claro y vagamente se ubica –con altas dudas- dentro del artículo 25 al hablar de la rectoría económica, por lo que el fin extrafiscal carece de legalidad sustancial.

Además, los fines de la norma (cualquiera que sea la norma) pueden ser ampliamente sujetos a crítica, pues si no fueron adecuados a la dinámica social, la norma eventualmente será alejada del entorno jurídico en que actúa incluso por inconstitucional al sistema en que se inserta (remitiéndonos a la racionalidad jurídico-formal).

No obstante, la situación no es tan sencilla como confirmar después de un tiempo razonable que la norma resultó indebida o ineficaz pues en el trayecto de su aplicación crea conflictos a las autoridades y agravios a los particulares al igual que produce conductas/costumbres radicalmente opuestas al fin buscado que llevan a la formación de nuevas normas en un desgaste social innecesario que separa más la confianza entre autoridades y particulares.

El legislador busca justificar la inserción de la norma en la dinámica social. Pero es importante que si su desenvolvimiento es contrario al fin buscado, entonces sea corregida o eliminada oportunamente pues es más provechoso retirar a tiempo una ley nociva y buscar una nueva solución que insistir en su aplicación sólo para reafirmar el poder estatal en la sociedad, lo cual produce nuevos rechazos

En efecto, existen diversas normas en México que lejos de cumplir con el fin para el cual fueron creadas, se sofocan en diversas modificaciones incluso antes de su entrada en vigor.

Tal es el caso de la Ley de Ahorro y Crédito Popular (LACP) así como de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única (LIETU) referidas al principio de este capítulo.

³³³ Villegas, Héctor B., *Manual de finanzas públicas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, p. 15.

a) Respecto a la primera, podemos decir que pese a haber sido publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 4 de junio de 2001, al 2008 no ha podido entrar totalmente en vigor por rechazo anticipado del sector al cual es dirigida.

Prueba de ello son los decretos que la reforman, modifican y adicionan –indistintamente- publicados en el DOF el 27 de enero de 2003, 28 de enero de 2004, 23 de febrero de 2005, 27 de mayo de 2005 y 31 de agosto de 2007, en donde se hablaba en principio de un plazo de seis meses para que las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo solicitarán autorización a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) para realizar las actividades que a la fecha de publicación de la Ley ya venían realizando.

Ante el rechazo anticipado, el plazo de seis meses se extendió a dos años y posteriormente hasta febrero de 2008 para pasar finalmente en 2007 a modificar los requisitos de autorización relacionado –ahora- al valor de sus activos (6,500,000 unidades de inversión) mudando de una idea de beneficio temporal a una de beneficio cuantitativo.

Ello demuestra evidente inadecuación de los fines propuestos con la dinámica social y la postura del sector pues previo a su entrada en vigor ha sufrido ya diversos cambios.

b) Igualmente, la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única, se creó para entrar en vigor el 1 de enero de 2008. Sin embargo, dada la inconformidad manifiesta, anticipada y pública de gran parte del sector empresarial –como el impuesto nominativamente es- se publicó el 5 de noviembre de 2007 en el DOF el Decreto por el cual se otorgan diversos beneficios fiscales a dicho gravamen lo que demuestra, igual que en el caso anterior, un desajuste *a priori* al fin creado pues antes de su entrada en vigor necesitó ajustarse para crear aceptación en sus destinatarios.

Con dicho decreto se crearon nuevas reducciones al *quantum* del impuesto lo cual es irregular pues el decreto proviene del Presidente de la República, y aún cuando se funda en la fracción I del artículo 89 Constitucional, lo cierto es que dicho numeral sólo prevé la posibilidad de reglamentar dentro de los límites de Ley más no de excederla. No obstante, la acuciosa necesidad de aceptación de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única imperó sobre el esquema normativo, amén que el decreto otorga –supuestos- nuevos beneficios –aunque parciales-.

De esta forma, se confirma que la racionalidad teleológica es una de las más importantes pues discurre de la expectativa cognitiva -y no de la deóntica- en la cual se tiene la creencia más no menos fundada de que la norma será atendida.

... podría pensar que, después de todo, la legislación debería expresar la voluntad de la mayoría de los legisladores y la voluntad es más una cuestión de esperanza que de predicción.³³⁴

³³⁴ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005, p. 229.

4.2.5. Racionalidad ética

Como última de las racionalidades encontramos a la racionalidad ética, la cual se refiere a la convicción genérica de la sociedad sobre ciertos temas. Para Cruz Parceró se trata de una moral positiva (diferente de la moral crítica) mientras que para Manuel Atienza es la ética prescriptiva (distinta de la ética descriptiva y metaética).

Conforme a Cruz Parceró:

... muchos filósofos aceptan que podemos hablar de una moral no institucional distinta a la moral positiva sin caer en ninguna forma de iusnaturalismo. Distintas formas de objetivismo social sostienen que se puede distinguir entre una moral positiva y una moral crítica, y que dentro de esta última puede haber tanto obligaciones como derechos morales. La moral kantiana, por ejemplo, es objetivamente válida y no depende de ninguna organización o convicción social. Difiere también de normas prudenciales, o de reglas de eficiencia que pueden ser no institucionales... partiré de que es posible para cualquier miembro de una sociedad realizar juicios morales que no dependen, ni son expresión, de la moral positiva de su sociedad (aunque pueden coincidir con ella), y que tales juicios pueden estar, en algunas ocasiones, justificados racionalmente.³³⁵

Por su parte, para Manuel Atienza:

Aquí se trataría de ver si los contenidos normativos y los fines de las leyes pueden o no justificarse éticamente por supuesto, el Derecho de las sociedades democráticas –y, en particular, las constituciones- incorporan muchas de las ideas morales vigentes socialmente... Pero la moral no es sólo un fenómeno social, sino también de la conciencia individuales las cuestiones de moral no se juzgan simplemente viendo si un determinado comportamiento, norma o institución concuerda o no con la moral (o las morales) vigente(s) socialmente. Además de ello, está también el juicio que cada individuo puede emitir desde su propia concepción de la moral y que coincidirá o no (y, con cierta frecuencia, coincidirá sólo en parte) con la moral social.³³⁶

Esto es, la ética prescriptiva que es distinta de la ética descriptiva o normativa y de la metaética:

... se puede afirmar que la *ética descriptiva* es un tipo de estudio que corresponde realizar a los científicos sociales y tiene como objeto indicar cuáles son las prácticas, normas y valores morales vigentes en las distintas comunidades; la *ética prescriptiva* trata de establecer normas o criterios (por ejemplo, el imperativo categórico kantiano, el principio de la máxima felicidad del utilitarismo) que permitan establecer qué tipos de actos, normas, etcétera, deban considerarse o no morales; y, finalmente, la *metaética*, ética teórica o ética analítica es un nivel de reflexión que presupone los dos anteriores, trata de analizar el significado de términos como <<justo>>, <<bueno>>, <<deber>>, <<juicios de valor>>..., de efectuar clasificaciones de teorías éticas y, en general, de elaborar conceptos éticamente adecuados.³³⁷

³³⁵ Cruz Parceró Juan Antonio, *El lenguaje de los Derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, pp. 46-47.

³³⁶ Atienza, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona, Ed. Ariel, 2007, p. 229.

³³⁷ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Ed. Fontamara, 2007, p. 85.

La ética descriptiva se desenvuelve en la dinámica social y arriba al texto de Ley.

Así, por ejemplo, el sistema jurídico es un sistema lingüístico que funciona mediante el código binario lícito-ilícito. Sólo reconoce el propio lenguaje que permite hacer esta distinción y desconoce los lenguajes ajenos a la misma, como podría ser el lenguaje de la moral que funciona con el código, también binario, bueno-malo o justo-injusto. Los conceptos morales sólo son reconocidos por el sistema jurídico, cuando se encuentran contenidos en el lenguaje del derecho, de otro modo son desechados como elementos ajenos al sistema, el cual no reconoce su “sentido”.³³⁸

En donde se hacen presentes los juicios de valor y no los juicios de hecho.

... un *juicio de valor* no es lo mismo que un juicio de hecho (afirmar que A realizó X no es lo mismo que valorar positivamente la conducta X de A) y es también algo diferente a una norma, aun enunciado prescriptivo o directivo. Los juicios de valor se parecen a las normas (para seguir con el ejemplo anterior, pensemos en una que estipule como obligatoria la conducta X de A) en que ambos son enunciados (o se expresan en enunciados) que no tratan primariamente de dar información, sino de dirigir la acción. Pero se distinguen (al menos, según algunos autores) en que los valores no expresan ninguna forma *definida* de conducta. Cabe pensar que detrás de una norma se encuentra siempre algún valor (aunque se trate de un valor simplemente utilitario),..³³⁹

Así, la racionalidad ética, en nuestro punto de vista implica el enlace del *deber ser externo* (ético-político) y el *deber ser interno* (constitucional) para arribar a su eficacia, es decir, al *deber ser jurídico* (normativo-efectivo)³⁴⁰. Y si bien pudiese pensarse que el Derecho no debe relacionarse con la moral, Ferrajoli expone con claridad que en cualquier caso, las normas no son ajenas a la moral de su legislador.

Por <<separación entre derecho y moral>> debe entenderse, en mi opinión, no tanto la negación de toda conexión entre uno y otra, claramente insostenible dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores, cuanto la tesis ya mencionada según la cual la juricidad de una norma no se deriva de su justicia, ni la justicia de su juricidad... En la argumentación jurídica y en la interpretación de la ley, tanto doctrinal como jurisprudencial, son en efecto inevitables, y de hecho siempre han estado presentes, juicios de valor de tipo ético-político, que desmienten ese supuesto carácter descriptivo o ideológicamente neutral.³⁴¹

Derivado de lo anterior, entendemos -retomando el postulado de Cruz Parceroy y Atienza- que la racionalidad ética refleja la moral positiva de su legislador (ética prescriptiva). Y aún cuando su contenido sea fiel a los estándares del discurso de los derechos humanos y fundamentales que imperan en el mundo, lo cierto es que su aplicación es regional y por ello tarde o temprano se identifica con la moral positiva del legislador regional.

³³⁸ Berumen Campos, Arturo, “*Revista de la facultad de derecho de México*” T LVII, número 247, enero-junio 2007, México, UNAM, p. 150.

³³⁹ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Ed. Fontamara, 2007, pp. 83-84.

³⁴⁰ *Cfr.* Capítulo I.

³⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 25.

...preferiría la interpretación de las convicciones a las otras que consideró también en forma más general, porque esta interpretación se adapta mejor a los objetivos de una comunidad de principio. Los miembros de dicha comunidad esperan que sus legisladores actúen sobre una base de principios y de integridad, y ese objetivo se estimula si la legislación se hace cumplir a la luz no de las ambiciones personales de los legisladores sino de las convicciones dominantes en toda la legislatura.³⁴²

No obstante, según Dworkin la convicción de la sociedad sobre ciertos temas no siempre está llena de razón pues difiere mucho del conocimiento, lo que la hace incurrir en errores de aplicación futura.

El contraste entre conocimiento y convicción es crucial. Comparten el siguiente par de argumentos. A) Edipo mató al hombre que encontró en la encrucijada. El hombre que encontró en la encrucijada era su padre. De modo que Edipo mató a su padre. B) Edipo sabía que estaba matando al hombre que encontró en la encrucijada. El hombre que encontró en la encrucijada era su padre. De modo que Edipo sabía que estaba matando a su padre. El primer argumento es válido, pero el segundo no, porque no podemos sustituir diferentes descripciones, a pesar de que se refieren a lo mismo, en proposiciones que describen aquello que alguien pensó o sabía en lugar de aquello que hizo. (Los filósofos lo denominan contextos de pensamiento o conocimiento “opacos” en lugar de contextos “transparentes”).³⁴³

Lo cual nos parece acertado pues incluso puede diferir del conocimiento comúnmente aceptado ya sea local o internacionalmente.

Por ejemplo, la libertad como derecho fundamental y garantía general de todas las Constituciones, no siempre coincide con la moral positiva o diada bueno-malo pues lo que en un lugar es bueno, puede ser al mismo tiempo malo en otro. A lo cual Puchta acertadamente dijo:

El principio del derecho, escribe Puchta, es la libertad: la libertad, no la razón, constituye el fundamento del derecho. La razón excluye la libertad, es su opuesto: como universo de la necesidad, la razón excluye el principio del derecho. Identificamos la razón con el bien: por natural necesidad la razón deberá alejar de sí el mal como negación, aislarlo como irracional, no lo comprenderá: en efecto, la razón es necesidad que excluye lo que la niega; la libertad, en cambio, es negación de la necesidad, y por tanto es sólo posibilidad de determinarse por alguna cosa. Libertad es posibilidad del bien y del mal. Es posibilidad de elección... Por tanto su libertad existe no en la determinación de una elección específica –como sucede en el sentido de la libertad moral, por la que decimos que moralmente es el sujeto que se determina por el bien- si no en la posibilidad misma de efectuar una elección de querer algo.³⁴⁴

En efecto, una norma tiene una moral positiva local que no siempre coincide con la moral positiva de otros lugares, incluso dentro de un mismo país. Por lo que lo bueno-malo no es absolutamente tal pues depende del lugar en que se realice, incurriendo en ocasiones en confiscación de la riqueza, ablación de derechos o discriminación.

³⁴² Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005, p. 233.

³⁴³ *Ibidem*, p. 235.

³⁴⁴ De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998, pp. 51-52.

Por ejemplo, los atentados del once de septiembre en los EUA legitimaron la discriminación -ilegítima antes de ello- que robustece una falsa ideología de defensa sobre la opinión de las Naciones Unidas, pues acorde a la moral de dicho país es plausible ya que la mayoría de su población lo acepta no obstante el rechazo de la comunidad internacional.

Ello nos lleva a pensar en la racionalidad ética como elemento interno de un país, no obstante es, al mismo tiempo, una proscripción a la racionalidad jurídico-formal externa o internacional pues dicho país es también considerado parte de la comunidad internacional.

En efecto, la masacre de las Torres Gemelas nos ha dicho que no hay ya un <<exterior>>. Que no cabe distinguir entre <<política interna>> y <<política exterior>>. Que estamos con el mismo barco y que ese barco es extremadamente frágil. Con el fin de la división del mundo en bloques y con la crisis de los Estados y sus soberanías, una política a la altura de los actuales desafíos no puede ser otra que la que J. Habermas ha llamado una <<política interna del mundo>>. Una política interna del mundo, ante todo, en lo que se refiere al seguridad frente al terrorismo y, por tanto, a las medidas represivas y preventivas idóneas para hacerle frente, dado que la seguridad en el mundo es hoy tan indivisible y –es lo que nos dicen las tragedias de Nueva York y Washington- tan global como el mercado y la economía... Por otra parte, utilizar la guerra como respuesta a casi un mes del ataque contradice el artículo 51 de la Carta de la ONU, que a pesar de haber sido invocado en su apoyo, sólo prevé el derecho de <<autotutela>>, es decir, la legítima defensa con carácter inmediato a la agresión y <<hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales>>, cosa que el Consejo hizo con las resoluciones 1368 y 1373.³⁴⁵

Así, la moral positiva de un país no debe cerrarse a la moral positiva internacional, pues si bien es cierto que no debe coincidir en su totalidad con ésta, sí existen ciertos rangos de identidad logrados con los Pactos Internacionales y la Carta de las Naciones Unidas, lo que al mismo tiempo constituye el motivo para la celebración de tratados internacionales³⁴⁶.

Sin embargo, volviendo a la racionalidad ética local, encontramos un problema adicional que surge cuando la “moral positiva” del legislador no es compartida por la población, desencadenando nueva aversión contra los textos normativos ya que en opinión de ellos su contenido sólo plasma condiciones favorables para aquel más no para sus destinatarios.

Se concluye así que la norma es sólo un instrumento que facilita las funciones, atribuciones y facultades de las autoridades encargadas de ejecutarla, en donde se concentra el Estado de Poder, desdeñando importancia, fuerza y valor de los derechos, lo cual muestra a la norma como eje o universal inclusión ajena a toda universal exclusión. Por ello, con esta racionalidad se debe confirmar si la norma escrita, es decir, el *deber ser interno* o constitucional (en el derecho) resulta adecuada y de fácil alcance para el particular o si se aleja del *deber ser externo* o *ético-político* (del derecho) por desequilibrio del número de derechos y obligaciones (racionalidad pragmática) desdeñando la sustancialidad de los

³⁴⁵ Ferrajoli Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 52-53.

³⁴⁶ Cuyos elementos básicos en materia impositiva para evitar la doble tributación son: a) identidad del sujeto pasivo; b) identidad del hecho imponible; c) identidad temporal; y d) diversidad de sujetos activos.

demás ordenamientos jurídicos (racionalidad jurídico-formal) lo cual nos lleva a conocer si se ha arribado a la eficacia de la ley (racionalidad teleológica).

Por lo que la racionalidad ética se reduce, hoy en día, al reconocimiento y efectivo desarrollo de los derechos fundamentales y no a la moral positiva de determinados puntos.

Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un Pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un demos es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto... Es también cierto que la efectividad de cualquier Constitución supone un mínimo de homogeneidad cultural y prepolítica. Pero es todavía más cierto lo contrario: que sobre la igualdad en los derechos, como garantía de la tutela de todas las diferencias de identidad personal y de la reducción de las desigualdades materiales, como maduran la percepción de los toros como iguales y, por ello, el sentido común de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política.³⁴⁷

A partir de ello, podemos resumir las racionalidades comentadas en la siguiente forma:

RACIONALIDAD LEGISLATIVA		
Tipo de racionalidad	Para evitar:	Esto es:
Racionalidad lingüística	Ambigüedad	Interpretación múltiple << concepto >> (más de un significado)
	Vaguedad { intensional extensional	Incertidumbre excesiva << concepción >> (más de un alcance aplicativo)
Racionalidad Jurídico-formal	Lagunas { Primarias (normas sustantivas) Secundarias (normas adjetivas)	Incongruencia interna (falta de armonía o sistematicidad)
	Antinomias	Incongruencia externa (falta de armonía intertextual)
Racionalidad pragmática	Derecho ineficaz	Equilibrio entre sanciones positivas y negativas (derechos y obligaciones)
Racionalidad teleológica	Falta de objetivos sociales buscados con la ley	Que el objetivo no sea claro
		Que el objetivo no se cumpla
Racionalidad ética	Que los fines buscados se justifiquen éticamente (moral positiva o ética prescriptiva)	Unión del <i>deber ser externo</i> (ético-político) y el <i>deber ser interno</i> (constitucional) con el <i>deber ser jurídico</i> (normatividad-efectividad)

³⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, *et al*, *op. cit.*, pp. 28-29.

El cual se relaciona a los Principios Tributarios de la siguiente forma:

PRINCIPIO		RACIONALIDAD
Proporcionalidad		Racionalidad pragmática
Equidad		Racionalidad ética
Legalidad	Formal	Racionalidad lingüística
	Sustancial	Racionalidad jurídico-formal
Destino de las contribuciones		Racionalidad teleológica

Sin embargo, la realidad aplicativa de la norma es distinta y cae en desuso, desatención y evasión/elusión en virtud de que el mayor vicio del Derecho escrito es tratar de prever todas las variantes hacia futuro desde el presente, siendo incisivo en la creación de expectativas contrafácticas o deónticas que como “profecías” pretenden algo del particular quien no siempre está dispuesto a actuar acorde a ella pues su conducta se basa en la libertad, la cual indebidamente pretende ser sujeta por un texto, lo que constituye su propia contingencia.

4.3. *El Derecho y su ineficacia social*

El Derecho, es eficaz sólo si es adoptado y produce los fines para los cuales es creado, pues carece de sentido emitir leyes que no serán acatadas o que su fin no será cumplido. Al respecto Hans Kelsen, por cuanto a eficacia señala lo siguiente:

Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las mismas normas. La eficacia del derecho quiere decir que los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo. La afirmación de que el derecho es eficaz significa solamente que la conducta real de los individuos se ajusta a las normas jurídicas. Así, pues, validez y eficacia se refieren a fenómenos completamente distintos... Pero si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay, sin embargo, una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz.³⁴⁸

Esto es, la validez es inmanente al Derecho en tanto que la eficacia lo es a la realidad o facticidad, punto que en nuestro país es laxo en virtud de que las normas pretenden, cada vez con más ahínco, un determinado comportamiento del particular, delimitando para ello su libertad por el beneficio económico, político y social que el Estado pretende obtener, es decir, para obtener poder social, político y administrativo.

Tal referencia la advertimos en el ámbito económico y es más notoria en la materia fiscal pues es la rama que se relaciona con la obtención de ingresos de los particulares, ya que denota en mayor grado la presencia de poder y la limitación de libertades en aras de

³⁴⁸ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995, pp. 46,49.

restringir el derecho patrimonial de los particulares, quienes lo obtienen mediante el ejercicio de los derechos-libertad, pues son consecuencia de éstos.

Si la norma (ya sea Ley, reglamento, decreto o cualquier otra forma de disposición genérica) tiene un punto a su favor, es que constituye una guía constante, pues en tanto la doctrina y la filosofía discurren en diversos puntos de vista, en los que no existe uniformidad (pues basta pensar, por ejemplo, en el Derecho Natural y el Derecho Positivo, cuyas posiciones son contrarias), la norma si logra uniformidad y ése es, más que su mérito, su función, unificar criterios para lo cual debe atenderse a las racionalidades comentadas.

En el Derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado e fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de institucionales diferentes y concurrentes –el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones- ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El Derecho <<común>>, por tanto estaba, así, asegurado por el desarrollo de la vieja tradición romanística, es decir por las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos.³⁴⁹

No obstante, la norma debe limitarse a la tarea para la cual es creada: regular las relaciones de los particulares y de éstos con el Estado para brindarles el bien común y no avanzar más allá al espacio que es propio del particular, pues su libertad es la que crea nuevas costumbres, formas y figuras que permiten avanzar a la sociedad, su espontaneidad evita su estancamiento y propician su evolución, y sus diferencias producen la riqueza cultural, social, económica y estabilidad pues la variedad de actividades y conductas permite un equilibrio constante en el que todos participan y satisfacen necesidades recíprocas, ya que como se dice en el hablar común, si sólo existieran arquitectos no habría quien construyera casas y edificios así como si todos fueran empresarios no habría quien las trabajara, por lo que la dinámica social constantemente produce consecuencias que son materia de la ley.

La ley debe regular las consecuencias de los actos y no sus causas pues la restricción de éstas, mediante el Derecho objetivo es limitar la libertad. Así las cosas, de nada sirve establecer sanciones injustas por el no acatamiento de la norma como garantía (no deóntica sino cognitiva) de su cumplimiento pues si queremos garantías en la norma, entonces no queremos la norma sino sólo repetir un guión ya escrito.

Entendemos que las funciones del Estado no pueden ser cubiertas sin la participación de la población, la cual debe darse en una medida sana y con una mínima intervención estatal en la economía –meramente rectora- como es el discurso del artículo 25 constitucional. Pero la participación del particular debe ser espontánea y no forzada pues las constantes reformas de normas produce mayor resistencia en lugar de mejorar su cumplimiento.

Este es el principio de la acción mínima, de la no resistencia... Si observamos cómo trabaja la naturaleza, veremos que utiliza el menor esfuerzo. El pasto no trata de crecer, simplemente crece. Los peces no tratan de nadar, simplemente nadan. Las flores no tratan de florecer,

³⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *et al*, *op. cit.*, p. 15.

florece. Los pájaros no tratan de volar, vuelan... Siempre que te encuentras con resistencia, reconoce que si fueras la situación la resistencia sólo aumentará...³⁵⁰

La aplicación de la tradición romano-canónica en nuestro país nos muestra que la norma es acuciosa en su texto y pretende ir más allá de lo expresado para crear expectativas contrafácticas como profecías para ajustar los hechos del particular al Derecho y no la aplicación de éste a aquéllos en desdén de su espontaneidad, creando inconformidad y evasión/elusión que a su vez producen ineficacia del Derecho.

Vivir sin expectativas, sin la necesidad de obtener resultados determinados es libertad, la cual es garantizada por nuestra Constitución -según su discurso-.

Lo que sucede es meramente lo que sucede, pero lo que unos cuantos piensen de ello es otra cuestión pues nada se mantiene igual, nada permanece estático, la dinámica social es cambiante y lo que hoy es considerado bueno (*ética prescriptiva*) mañana puede ya no ser.

El error de la ley no es regular o ser guía a lo lícito-ilícito, justo-injusto, bueno-malo, sino esperar un comportamiento determinado de los particulares y más aún, forzarlos mediante multas, sanciones u otras medidas análogas para actuar como el Estado lo desea pues los juzgadores y autoridades sólo quieren aplicar lo que la ley dice.

Las leyes son un conjunto de ideas fijas dentro de parámetros muy estrictos, se encuentran escritas en absolutos (universal inclusión), están formuladas en blanco y negro, pero qué sucede cuando se requiere actuar fuera de la Ley si ello implica aún así cumplir con el bien común ¿será correcto?, desde luego la respuesta no será rápida sin un poco de resistencia.

Quizá actuar fuera de la ley no será algo plausible, pero si humano. En nuestros momentos más notables, más débiles y quizá los más nobles somos humanos. La ley requiere ser humana también y por eso el derecho sajón modera esos principios férreos y absolutos con jurados para humanizar su sistema judicial, para que sea justo, compasivo, imperfecto.

Así, podemos humanizar el desempeño de las leyes en la tradición romano-canónica para ser perceptibles de mayores enfoques que abran paso a la universal exclusión y aplicar la norma desde diversos puntos de vista y no sólo respecto de lo taxativamente escrito, sin que emular la tradición del *common law* pues basta recordar lo expuesto en el capítulo anterior para advertir que la asunción de sus normas no ha sido favorable a nuestro país.

Finalmente, en este cuarto capítulo concluimos que:

- a) El Derecho no se resuelve a sí mismo, la paradoja es la que da sentido a algo sin sentido y no hay solución, por lo que sólo resta vivirlo;
- b) Por ello, la tradición jurídica romano-canónica no puede sostenerse más en México en la manera que ha sido desarrollada pues, además de incurrir en constante perlocución

³⁵⁰ Chopra, Deepak, *Las siete leyes espirituales del éxito*, México, Ed. Diana, 2002, pp. 49, 55.

que favorece indiscriminadamente al Estado (lo escrito) también incurre en espacios que producen desventajas al particular (lo no escrito);

- c) Por lo tanto, debe cumplirse la racionalidad lingüística, racionalidad jurídico-formal, racionalidad pragmática, racionalidad teleológica y racionalidad ética en la creación y modificación de leyes pues tampoco podemos prescindir totalmente de ellas;
- d) Esto es, la Ley tiene como punto favorable ser un estándar para regular la conducta de individuos y el Estado, lo que la doctrina no ofrece pues es diversa y en ocasiones encontrada, por lo que debemos evitar más ideas y partir de esa ventaja lograr un mejor desarrollo con base a las racionalidades referidas;
- e) Ello es así, pues la felicidad de un país no debe descansar en la obediencia de sus habitantes sino en su libertad, por lo que la Ley no debe extremar expectativas ya que si abusa de ellas equivale a no querer la libertad sino a que se repita un guión ya escrito.

Por lo tanto, no se requiere emular el ejemplo de otros países así como tampoco descubrir nuevas teorías ni sugerir nuevas reformas a las leyes. No se trata de proponer nuevos cambios ni nuevas doctrinas o ideas que entren en conflicto con las existentes que impliquen un *plus* o *novum* a lo altamente ya escrito y dicho -pues traer nuevas ideas a la mente cuanto esta se encuentra ya saturada por las anteriores produce un efecto contrario-sino simplemente dejar de lado tantas expectativas contrafácticas que en extremo lleguen a establecer cómo actuar, cómo decidir, cómo contratar y cómo obtener ingresos para que la dinámica social se desarrolle en un marco de pleno respecto a los derechos fundamentales que conducirá a vivir humanamente las leyes y no normativamente nuestras vidas.

CONCLUSIONES

La Constitución es un medio de control social y las leyes secundarias seguimiento a ella, las cuales están impregnadas con ánimo de colaboración o dominación dependiendo de la visión, experiencia e intenciones de quien las elabora, lo que en primer lugar deja en claro que el legislador (constitucional u ordinario) no vierte en la norma su voluntad sino su intención, dislocando el discurso constitucional de que la voluntad del pueblo se representa por el Congreso, pues éste –como bien señala Rousseau- sólo recibe el poder más no la voluntad, de allí que en la dinámica social surjan códigos alternos de los particulares para evadir o eludir el texto de Ley mediante acciones no previstas por la propia Ley (lagunas primarias según Ferrajoli) lo cual genera nuevas leyes o reforma a las ya existentes, que serán evadidas o eludidas nuevamente por conductas de la sociedad que obligarán a crear o modificar nuevamente las leyes en un círculo vicioso sin solución.

Pero ¿cómo se puede interpretar la intención si es oculta (perolución)? Bajo este contexto es acertado Riccardo Guastini al decir que la interpretación entonces, no es fruto del conocimiento sino de la voluntad de quien realiza tal función, toda vez que las contiendas son decididas con interpretaciones (restrictivas o extensivas, dependiendo del momento político) que favorezcan más a los intereses del Estado, lo que hace surgir argumentos de política frente a argumentos de principio (Dworkin), situación que Luigi Ferrajoli diferencia entre poder (*auctoritas*) y conocimiento (*veritas*), pues dependiendo de cuál de éstos predomina confirmará el Estado Constitucional de Derecho o el Estado de Poder.

Y si bien Paolo Comanducci señala que las disposiciones que hablan de los derechos fundamentales no son sujetas de interpretación, el problema no es que se interpreten o no, sino que a través de la ponderación (en una supuesta obligación de brindar servicios a los particulares), los derechos -patrimoniales, principalmente- pueden ser afectados por el Estado so pretexto de cumplir con sus funciones de Derecho Social, dejando a los derechos fundamentales en mero discurso y medida de legitimación del Estado de Poder.

Ese no es todo el problema, la Ley arroja un sinnúmero de problemas más que surgen desde su creación: el texto escrito. Éste se arroja una definición inicial pero su interpretación arroja el significado que se le pretende dar, por lo que Guastini distingue entre disposición y norma haciendo referencia entre el antes y después de la ley puesta en práctica.

Por ello, las practicas evasivas y elusivas surgen día a día en donde el texto de Ley es su propio riesgo pues en principio es claro que exige a los particulares que realicen sus actos conforme a lo dicho por ella para evitar ser castigados posteriormente con sanciones y liquidaciones tributarias del importe principal (que pueden ser reales o arbitrarias), desdeñando la libertad de aquellos pese a que la ley fiscal se debe abocar sólo a gravar las consecuencias de los actos de los particulares y no las causas.

Dicha admonición previa es incongruente pues la ley deja en manos de los particulares la determinación de sus deudas tributarias (autodeterminación) pero posteriormente les sanciona con las mismas normas en caso de que no hayan hecho lo que la Ley les dice, dejando sin efectos la libertad que como discurso incluye en el texto normativo. Además, la ley fiscal trata de ser tan exhaustiva y acuciosa en sus fines que genera oportunidades a

los particulares por lo no dicho. Así, los argumentos de principios son aparentemente favorables al particular, sin embargo, la autoridad ocupa entonces argumentos de política para sofocar cualquier emancipación aún cuando se realice al margen de lo escrito pues ésta cuenta siempre con “facultades discrecionales” que le otorgan acciones residuales.

Por otra parte, los medios de defensa son sólo derechos de papel pues su desarrollo incurre en fracasos aplicativos ya que la política recaudatoria siempre es más fuerte que los principios jurídicos, además de las constantes reformas que debilitan su fuerza aplicativa. El recurso administrativo de revocación dilata la oportunidad de su interposición en tanto que el Juicio Contencioso Administrativo prevé actos ilegales no invalidantes así como el amparo, con el principio de relatividad, proscribiera cualquier seguridad al particular pues sólo los favorecidos con sentencia “duermen tranquilos” mientras que los demás deben continuar soportando el peso de las normas tributarias sin devolución de los pagos erogados y sin responsabilidad para la autoridad que sigue emitiendo sus actos conforme a una ley inconstitucional.

A mayor grado de insatisfacción de estos medios de defensa se arriba si observamos que en diversos países la justiciabilidad de los derechos fundamentales y límites estatales es más eficaz, países en donde las contiendas son resueltas en menos tiempo y con mayor respecto al particular. Verbigracia, en Estados Unidos, una ley declarada inconstitucional es inaplicable a cualquier otro particular por efectos *erga omnes* del *stare decisis*, amén que cualquier juez natural o de primera instancia puede conocer de inconstitucionalidades. Asimismo en España, un juicio resuelto por el Tribunal Constitucional arroja también efectos generales, además de que el juicio es resuelto no más allá de treinta días siguientes a su inicio. No obstante, es costumbre en México que la impugnación contra leyes fiscales se aplaze por años, más aún con la publicación del Reglamento Interior del Poder Judicial que legitima este aplazamiento, lo cual confirma que la defensa es nula pues no existen respuestas oportunas que en resuelvan el problema de forma expedita como es el discurso.

Año con año vemos nuevas reformas que arrojan más obligaciones al particular que derechos y en consecuencia, causan más agravios en donde nuevas acciones de los particulares llevan a nuevas reformas. Por lo tanto, la Ley escrita ya no es la solución a los problemas recaudatorios pues se ha encerrado en sus propios límites y así, toda reforma cae en un círculo vicioso en donde los particulares prefieren acudir a los medios de defensa que cumplir con lo escrito sobre lo escrito.

Por ello, el problema debe ser resuelto de raíz, de vuelta a donde pertenece y a partir ahí evitar los vicios actuales, por lo que la norma debe reflejar y regular los mínimos detalles de la dinámica económica y dejar a los particulares actuar bajo límites sencillos que no los sofoquen en su desarrollo pues es a mayor exigencia surge mayor resistencia.

La Ley debe abocarse a regular lo mínimo sin llegar a extremos de exigencia, y se logra sólo a partir de su debido planteamiento en donde se reconozca la libertad del particular y se cree por convicción –y no por imposición- la cultura contributiva lo cual es inmanente a una cultura fiscal que se debe incardinar en la educación.

En efecto, no podemos pensar que el motivo de la baja recaudación es culpa de la sociedad si las normas de la tributación y desarrollo económico no son enseñadas desde los primeros años, así como tampoco puede reprocharse a los particulares la falta de recaudación si el número y calidad de los servicios otorgados por el Estado no son idóneos (en cantidad y calidad), razón adicional por la que no existe culpa en los particulares sino en las acciones del Estado, esto es, garantías sociales que le exigen un *hacer*, pues no se puede legislar la moralidad ni obligar la tributación así como tampoco la igualdad, ya que lo que se necesita es un cambio en la conciencia colectiva –a través de la educación- y no una ley aplicable a la conciencia colectiva.

Lo que se necesita es un desarrollo de la conciencia y no una expansión del gobierno, para lo cual la racionalidad legislativa, en especial la racionalidad ética, es útil.

La conducta del particular tampoco es buena ni mala en la forma absoluta que lo subraya la tributación federal pues es sólo una calificación subjetiva del legislador ya que determinados actos en un país pueden ser malos pero buenos en otro, de lo que se concluye que lo bueno y malo no depende de la persona sino del lugar en el que se desarrollan, en donde vuelve a ser la Ley la clave de todo desarrollo favorable/desfavorable de la sociedad.

A partir de aquí, se arroja al particular la culpa de sus actos cuando la Ley no cumple su cometido y se le reprocha indebidamente algo que no ha hecho, pues recordemos que al legislador sólo se le cede el poder más no la voluntad del pueblo.

Dicha culpa es un error ya que el contribuyente sólo obra conforme a su conciencia individual y en ocasiones conforme a la conciencia social, pero siempre desde el ángulo que a sus intereses conviene. No obstante, las leyes no reflejan lo que la sociedad piensa de sí misma y desea ser, sino dónde está el poder pues lo que dicta la mayoría de las leyes es lo que conviene a los intereses creados de los más poderosos. Por lo tanto, seguir sofocando al particular con fines tributarios proscribire su libertad económica y contractual.

El legislador busca que se acepte la idea de falta de ingresos por evasiones particulares para castigar a los “evasores” e incluir nuevas contribuciones. Por eso, el Estado depende de lo que la sociedad crea para existir como ente de poder.

El legislador debe reconocer los resabios de sus acciones y estudiar/promover nuevas formas opciones en beneficio del particular y de la sociedad, lejos de buscar nuevas fórmulas sobre lo ya escrito, pues no puede ser cierto que todo lo que haga un contribuyente sea siempre malo así como que las finanzas en México nunca sean positivas ni favorables para el desarrollo económico.

Nada de eso, antes debe realizarse una correcta reflexión, no sólo económica sino integral (jurídica y social) mediante la racionalidad legislativa (lingüística, pragmática, teleológica y ética), pues aún cuando sea necesario elevar el nivel de recaudación –lo cual ya es puesto en duda pues se desconfía del buen uso de los recursos obtenidos por la tributación - será más eficiente si se emplean medidas más sencillas que la presión de Ley ya que el contribuyente, al saber de la existencia de un nuevo impuesto, le importa poco si su mecanismo es bueno o malo, justo o injusto, pues la experiencia de años anteriores, aunado

a la falta de medidas efectivas del Estado para hacer tributar a la economía informal, produce un rechazo *a priori* y decide accionar en juicio que pagar la nueva contribución.

Por lo tanto la debida creación de una Ley debe ser integral, tomando en consideración la racionalidad legislativa para arribar a un esquema en donde se evite reformar recurrentemente las leyes ya existentes, que los cambios anuales sean mínimos y la economía crezca. Para que cese (o se disminuya) la resistencia del particular en contra de la hacienda pública (cualquiera que sea su denominación y territorialidad) y desde la debida elaboración de ley se coadyuve a la creación de un real Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, México, Ed. Porrúa, 2001.
- Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Ed. Oxford, 1999.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2005.
- _____, *Introducción al Derecho*, México, Ed. Fontamara, 2007.
- _____, *Tras la justicia*, Barcelona, Ed. Ariel, 2007.
- Bagehot, Walter, *La constitución inglesa*, México, Ed. UNAM, 2005.
- Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2003.
- Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Bovero, Michelangelo, et al., *Política y Derecho (Re) pensar a Bobbio*, México, Siglo Veintiuno editores, 2005.
- Bucay, Jorge, *Hojas de ruta*, México, Ed. Océano, 2006.
- Cabrera Acevedo, Lucio, *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.
- Carbonell, Miguel., *La Constitución en serio*, México, Ed. Porrúa, 2005.
- _____, compilador., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- _____, compilador, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2001.
- _____, *Garantías y Amparo*, México, Ed. Porrúa, 2004.
- _____, *Hacia el Amparo Evolucionado*, México, Ed. Porrúa, 2003.
- Calvo Nicolau, Enrique, *Comentarios a la Reforma Fiscal para 2005 y Acontecimientos Relevantes en 2004*, México, Ed. Themis, 2004.
- _____, *Tratado del Impuesto Sobre la Renta Tomo II-B*, México, Ed. Themis, 1998.
- Carpizo, Jorge, *El Presidencialismo Mexicano*, México, Siglo Veintiuno editores, 2004.
- Chopra, Deepak, *Las siete leyes espirituales del éxito*, México, Ed. Diana, 2002.
- Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Ed. Fontamara, 2004.
- Cruz Parcero Juan Antonio, *El lenguaje de los Derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002.
- _____, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.
- Escobar Fornos, Iván, *Interpretación e Integración Constitucional*, Nicaragua, Ed. Hispamer, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trota, 2004.
- _____, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- _____, *Epistemología y garantismo*, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 2006.
- _____, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- _____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.
- _____, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Ed. Porrúa, 2000.
- Ferrer Mac-Gregor y Carbonell Miguel, *Compendio de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2007.
- Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El Derecho de Amparo en el Mundo, México*, Ed. Porrúa, 2006.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I, Madrid, Ed. Civitas, 2000.
- _____, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo II, Madrid, Ed. Civitas, 2000.
- Georgi, Raffaele de, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998.
- González Vidaurri, Alicia, Goerenc, Klaus-Dieter y Sánchez Sandoval, Augusto, *Control Social en México, DF.*, México, UNAM Facultad de Estudios Profesionales Acatlán, 2004.
- Guastrini, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- _____, *Teoría de la acción comunicativa I*, Madrid, Ed. Taurus Humanidades, 2006.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Ed. Fontamara, 2004.
- Jaramillo Loya, Horacio, *Los hechizos de la mente*, México, Ed. Diana, 1992.
- _____, *Los consejos del búho*, México, Ed. Diana, 1996.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995.
- _____, *Teoría Pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1998.
- Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2004.
- Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Mouran, Martha, *Una introducción al Common Law*, México, Ed. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Pérez Becerril, Alonso, *Presunciones tributarias en el Derecho Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2001.
- Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.
- Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas Ideológicos y control social*, México, UNAM, 2005.
- Smith, Adam, *La Riqueza de las Naciones*, México, Publicaciones Cruz O., S.A., 2004.
- Smith, James. E.; Raabe A. William, Maloney, David M., *West Federal Taxation An Introduction to Business Entities*, Cincinnati, 2002.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, México, Ed. Themis, 2002.
- Torres Nafarrete, Javier, *Luhmann: la política como sistema*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000.
- _____, *Manual de finanzas públicas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000.
- Witker Velásquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio, *Metodología Jurídica*, México, Ed. McGraw Hill, 2002.

LEGISLACIÓN

Constitución de los Estados Unidos de América
Constitución de la República Española
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Declaración de independencia de los Estados Unidos de América
Código Fiscal de la Federación
Código Civil Federal
Código Federal de Procedimientos Civiles
Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ley de Ahorro y Crédito Popular
Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales
Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común
Ley de los Derechos y Garantías del Contribuyente
Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo
Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única
Ley del Impuesto al Valor Agregado
Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios
Ley del Impuesto Sobre la Renta
Ley Federal de los Derechos del Contribuyente
Ley Federal de Procedimiento Administrativo
Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

REFERENCIA DE INTERNET

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.htm>