



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Administración Pública Estatal y Municipal

Declaratoria general de inconstitucionalidad y justicia tributaria.

Opción de titulación
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Maestría en Administración Pública Estatal y Municipal

Presenta:
Juan Luis Venegas Núñez

Dirigido por:
Mtro. Enrique Alfonso Crôtte Castro

Mtro. Enrique Alfonso Crôtte Castro
Presidente

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Secretario

Dr. Raul Ruiz Canizales
Vocal

Mtro. Oscar Rangel González
Suplente

Dr. Gerardo Servín Aguillón
Suplente

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad

Dra. Ma. Guadalupe Flavia Loarca Piña
Directora de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
2018.
Noviembre.



Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales
de Información



Declaratoria general de inconstitucionalidad. Un vacío
de la justicia tributaria en México

por

Juan Luis Venegas Núñez

se distribuye bajo una [Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0
Internacional](#).

Clave RI: DEMAC-119888

RESUMEN

Actualmente México no cuenta con un mecanismo que proteja de forma general los derechos humanos frente a violaciones derivadas de la aplicación de normas y actos en materia tributaria, aun cuando estos hayan sido declarados inconstitucionales por los tribunales competentes. Se analizará la importancia de la justicia tributaria como valor intrínseco en el ejercicio de la administración pública y se examinará la excepción en materia tributaria de la declaratoria general de inconstitucionalidad para explicar el por qué esta contraviene a los principios contenidos en el artículo primero constitucional.

(Palabras clave: inconstitucionalidad, medios de control, modelos de control, justicia tributaria, vacío jurídico, derechos humanos, principios.)

SUMMARY

Currently, Mexico does not have a mechanism that protects human rights in general against laws derived from the application of norms and acts in tax matters, even when these have been declared unconstitutional by the competent courts. The importance of tax justice as an intrinsic value in the exercise of public administration will be analyzed and the exception in the tax matter of the general declaration of unconstitutionality will be examined for the offense for which it is contrary to the principles contained in the first constitutional article.

(Key words: unconstitutionality, means of control, control models, tax justice, legal vacuum, human rights, principles.)

A todos aquellos que se han ido en medio de la maravillosa vida del estudiante.

Un abrazo hasta el cielo Hermano.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a todos y cada uno de los que han sido partícipes en lo que hoy se constituye para mí como uno de los logros personales más importantes en mi vida.

Gracias al Mtro. Enrique Alfonso Crôtte Castro, por el tiempo, la paciencia y todo el conocimiento compartido que me ha brindado, gracias por ser uno de mis principales modelos profesionales a seguir, y sobre todo gracias por su amistad.

Gracias a la Universidad Autónoma de Querétaro, mi casa, nuestra casa. Gracias por ser más que una institución formativa a la que le debemos tanto como personas en lo individual y como sociedad, gracias por ser un estilo de vida para todos aquellos que amamos el aprendizaje, el conocimiento y la academia.

Gracias a todos los docentes de esta gran Universidad, que durante el trayecto me otorgaron las herramientas suficientes que me han permitido llegar a este momento y construir este documento.

Gracias a mis padres y a mi familia por el apoyo y cariño siempre presentes, sencillamente gracias por ser los más grandes motivos en mi vida.

Finalmente, gracias a Dios por permitirme vivir esto y por poner en mi camino a las personas e instituciones mencionadas en líneas anteriores; sin Él, nada.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	8
1. DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO UN MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....	12
1.1. Medios de control constitucional	12
1.1.1. Origen y evolución histórica	12
1.1.2. Modelos de control constitucional.....	20
1.1.2.1. Modelo difuso de control de la constitucionalidad (sistema americano).....	21
1.1.2.2. Modelo concentrado del control de la constitucionalidad (austriaco).....	26
1.2. Presunción de constitucionalidad	30
1.3. Control supranacional.....	49
1.4. Control constitucional en México.....	55
1.4.1. Juicio de amparo	56
1.4.2. Acción de inconstitucionalidad	64
1.5. La declaratoria general de inconstitucionalidad	65
1.5.1. Establecimiento y desarrollo de la declaratoria general de inconstitucionalidad en América Latina	67
1.5.2. La declaratoria general de inconstitucionalidad en el sistema jurídico mexicano	70
1.5.3. Naturaleza de la declaratoria general de inconstitucionalidad.....	71
1.5.4. Aspectos procedimentales de la declaratoria general de inconstitucionalidad	74
1.5.5. Inaplicabilidad en materia tributaria	83
1.5.6. Consideraciones.....	90
2. EL PAPEL DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRIBUTARIA.	91
2.1. Desarrollo de nociones ideológicas en la teoría general de la justicia.....	91
2.2. Justicia tributaria	136
2.2.1. Las normas tributarias	137
2.2.2. Principios y Reglas.....	166
2.2.3. Estabilidad financiera del Estado.....	174
2.2.4. Principios de justicia tributaria.....	177

3. LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD: UN ESPACIO VACÍO DENTRO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	202
3.1. El artículo 1º Constitucional	202
3.1.1. Clausula abierta y jerarquía de normas	204
3.1.2. Promoción, respeto, protección y garantías a los Derechos Humanos: Principio de Interpretación Conforme y Pro Homine	207
3.1.2.1. Principio de interpretación conforme y principio pro persona.....	208
3.1.3. Obligaciones de las autoridades del Estado a partir del artículo primero constitucional	212
3.1.4. Control de convencionalidad	216
3.2. La excepción fiscal de la declaratoria General de Inconstitucionalidad: un vacío en la justicia tributaria.	221
3.2.1. Plenitud del ordenamiento jurídico.	222
3.2.2. Norma general exclusiva	228
3.3.3. Lagunas	231
CONCLUSIONES	245
BIBLIOGRAFÍA.....	256

INTRODUCCIÓN

A lo largo de este trabajo se abordarán las razones que habrán de confirmar que no se puede hablar de entera justicia tributaria en México, cuando un mecanismo de control constitucional se ve impedido de cumplir con la totalidad con el cometido de la constitución, privatizando la generalidad de sus efectos sin más justificación que la limitada razón de estado a favor de la estabilidad financiera. Se demostrará que esta situación resulta una contradicción normativa de profundidades esenciales que hacen que parte del sistema jurídico se vea empañado por una consentida desatención a los derechos fundamentales.

Actualmente la declaratoria general de inconstitucionalidad se configura como uno más de los mecanismos de control constitucional, sin embargo, su excepción en materia tributaria impide hablar de él como un mecanismo integral que cubra con su espectro todas las aristas del mandato contenido en el artículo primero constitucional, por cuanto ve a la obligación estatal de máxima protección y promoción a los derechos fundamentales. Es importante saber esto a la luz de las concepciones de justicia que una vez trasladadas al campo tributario demuestran que dicha excepción se encuentra muy lejos de ser tildada como justa.

Para iniciar con el análisis, en el primer capítulo se abordará lo relacionado a los medios de control constitucional, pues es preciso comprender la dimensión de estos mecanismos y el papel que desempeñan en el desarrollo de un estado constitucional. Por ello es que la evolución histórica de los mismos se hará

presente a lo largo de los primeros temas, pues solo abordando sus antecedentes, se podrá entender la configuración actual de los mismos; por esta razón es que el recorrido histórico de los antecedentes se hará partiendo desde la antigua Grecia hasta dar un salto a la edad media en Inglaterra, así como su configuración en otros estados europeos tales como España y Francia. Hecho esto, será necesario trasladar el análisis de la construcción de controles de constitucionalidad al continente americano donde la visión al respecto se tornó diferente.

El proceso histórico servirá para realizar el estudio de los elementos que a la postre desembocaron en los dos tradicionales tipos de control constitucional: el modelo difuso y el modelo concentrado.

De forma inmediata se procederá al análisis de un concepto determinante en la conformación del control constitucional en México como lo es de la presunción de constitucionalidad, misma que reviste muchas de las razones de Estado para justificar instituciones jurídicas y procesales. Este será confrontado con la figura de la presunción de inconstitucionalidad que opera en el sistema jurídico argentino, para con ello dar cuenta de que no necesariamente la opción mexicana es la más adecuada cuando de protección a los derechos fundamentales se trata.

Posteriormente, se dedicará un apartado del trabajo a hacer una mención especial del control supranacional a la luz de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la intención de hacer de conocimiento los elementos que la integran y en qué aspectos converge con el control de constitucionalidad en el país, para poder comprender el funcionamiento de los medios de control

constitucional internos, en específico el juicio de amparo y la acción de constitucionalidad, dado que son los medios que se relacionan en forma y esencia con el mecanismo que ocupa este trabajo: la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Por lo anterior, se realizará un exhaustivo estudio de la declaratoria general desde su fundamentación y naturaleza, hasta su substanciación para finalmente abordar el tema de la excepción en materia fiscal.

El capítulo segundo del trabajo se enfocará en un recorrido a cada uno de los posicionamientos ideológicos que se han desarrollado sobre el concepto de justicia, para después ser aterrizados en la noción de justicia tributaria y los elementos que la componen; asimismo se tomarán en consideración diversos elementos propios de las teorías de la justicia para poder dar cuenta de la naturaleza deontológica que se ve desatendida por la excepción tributaria.

Dichos elementos son importantes porque se traducen en los principios contenidos en el marco normativo de la justicia en la materia, así como los criterios de interpretación de los mismos.

Una vez analizada la praxis de la declaratoria general de inconstitucionalidad y los aspectos relevantes, tanto de las teorías de la justicia en general y de la justicia tributaria, el capítulo tercero de este trabajo servirá para llevar a cabo su confrontación a la luz de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente a lo mandatado en su artículo primero, para dar cuenta de la existencia de un vacío de justicia emanado de la voluntad

legislativa, al crear el medio de control constitucional con la ya mencionada excepción.

Cada uno de los capítulos y sus apartados darán soporte a la demostración de la existencia de una incongruencia a niveles constitucionales, que trasciende del plano de lo estrictamente procedimental, a uno donde la falta de declaratorias generales de inconstitucionalidad de normas tributarias oficialmente señaladas como contrarias a la carta magna, así como su permanencia en la estructura normativa del estado mexicano, se constituye como un atentado latente contra los derechos fundamentales del individuo y los principios de justicia tributaria que en ellos convergen.

1. DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO UN MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

1.1. Medios de control constitucional

1.1.1. Origen y evolución histórica

La declaratoria general de inconstitucionalidad se configura como un elemento más del catálogo de medios de control constitucional que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla. Es por ello que resulta necesario comprenderla en su naturaleza como el mecanismo de control que es.

Desde la Antigua Grecia (1200 a.C.-146 a.C.), han existido las formas de revisión jurisdiccional de los actos desplegados por los poderes públicos. Dicha situación se constituyó como un lastre que los soberanos vieron con recelo. Resultaba difícil de aceptar que el control de la legitimidad que tenían las leyes o los actos, se efectuase por alguien que no fuera el monarca.

Contrario a lo pudiese pensarse, en Roma no existió un modo de defensa de la norma aun cuando existieron diversas instituciones que daban protección al individuo frente a los demás; tal es el caso de la *homine liberi exhibendo* por medio la cual se protegía la libertad deambulatoria¹ frente a los actos de otros individuos.

¹ La libertad deambulatoria también es conocida como libertad de movimiento e implica el libre ejercicio de traslado de un individuo a través de cualquier medio disponible que no se encuentra fuera del margen de lo dispuesto por la ley. Véase en GONZÁLEZ Amado, Iván, *Derecho a la libertad, detención y subrogados penales. Revista de derecho penal y criminología*. Instituto de

España

Hablar de los antecedentes españoles de los medios de control constitucional, obliga a señalar los dos ejemplos más representativos: el del reino de Aragón y el del reino de Castilla.

Por cuanto ve a Aragón, se constituyó el 'Justicia Mayor' como una especie de juzgador intermediario entre el rey y sus súbditos. Este se encargaba de velar por el cumplimiento de las leyes (llamadas fueros), que en específico fueron conocidas como los Pactos de Sobrarbe.² Esta figura se hizo cargo del conocimiento de tres recursos de forma trascendental: "el de la manifestación de las personas, el de inventario y el de aprehensión".³

Tomando en consideración los anteriores recursos, de forma breve se explica que el primero de ellos, el de manifestación, implicaba una revisión por parte del juzgador respecto de las restricciones a la libertad de tránsito que se le impusieran a un gobernado, ubicando en la llamada 'cárcel de los manifestados' al inconforme mientras se desarrollaba su recurso, para así salvaguardarlo de la autoridad. Del

ciencias penales y criminológicas. Universidad externado de Colombia. Volumen XVI, No. 52, Sept-Dic 1994, p. 100.

² Sobrarbe es el pueblo en el que tanto los señores del reino y el rey se reunieron para fijar los lineamientos que este último debería tomar en consideración y asumir en el ejercicio de su actividad monárquica respetando elementos y derechos básicos de aquellos.

³ DEL CASTILLO Del Valle, A., *Introducción básica al derecho procesal constitucional mexicano*, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2015, p. 54.

Castillo⁴ señala que “*la autoridad aprehensora presentaba o exhibía al súbdito ante el Justicia Mayor para que este determinara si la privación de la libertad había sido conforme o contraria a Derecho*”.

En el reino de Castilla existieron dos recursos de defensa del gobernado; el primero denominado ‘obedézcase pero no se cumpla’ y el de ‘fuerza y protección’. El primero procedía contra actos viciados del rey, ya fueran por subrepción u obrepción, es decir, cuando este emitía actos viciados a partir de que se le había ocultado la verdad (subrepción), o a partir de que se le hayan planteado hechos falsos (obrepción). Frente a estas situaciones, el gobernado podía impugnar las determinaciones.

Por cuanto ve al recurso de ‘fuerza y protección’, a través de este se pretendía mantener vigentes los fueros eclesiásticos, militares y comunes con la finalidad de que cada persona según su clase, pudiese exigir el tratamiento adecuado en los asuntos en los que se le vinculara por parte de los tribunales especializados en función de su condición social.

Inglaterra

En Inglaterra se encuentra un antecedente más de los medios de control constitucional, pues en junio de 1215, se hizo firmar al rey Juan Sin Tierra la Carta

⁴ *Ídem.*

Magna que contenía las garantías de respeto a ciertos derechos de los individuos, incluidos los mecanismos de protección para hacer valer aquellas garantías.

A través del acta 679, se crea el *Habeas Corpus* como un mecanismo de protección de la libertad de movimiento de los súbditos frente al monarca y como una forma de evitar prácticas abusivas, de tal manera que si la autoridad detenía a un individuo, lo debía presentar para juzgar si el acto del cual se le imputaba responsabilidad, era conforme a derecho o en contra. De igual forma fueron contempladas multas o sanciones para funcionarios negligentes.

El constitucionalismo británico tuvo como una de sus características la limitación del poder; las vertientes en la que estas características se propician son: “a) *la concepción plural del poder* y b) *la ley como regla general que obliga a todos y que no puede desobedecerse al aplicarse*”.⁵

En 1689, con la Declaración de Derechos se estableció que los gobernados podrían realizar peticiones directas al rey y podrían poseer armas para su defensa; asimismo se prohibieron las multas excesivas y los castigos que estuvieran cerca de considerarse como tratos crueles o tortura. Las clases nobles dieron un golpe de autoridad frente a la monarquía y sus excesos.

⁵ *Ibídem*, p. 55.

Vega García⁶ señala que “*la única manera de dar una dimensión práctica a la voluntad general y abstracta del pueblo (poder, posible y total) cuando existe confrontación con la voluntad concreta y particular del gobierno es mediante el establecimiento de órganos de garantía que sean expresión de la voluntad general*”. El derecho procesal de la materia se consolidó como la rama del derecho encargada de regular los juicios que deriven de la aplicación de los diversos mecanismos de defensa constitucional, con la finalidad de salvaguardar los principios contenidos en ella y que en teoría representan los valores y la estructura del estado que la crea.

Francia

El triunfo de la revolución francesa y el establecimiento de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, trajo consigo el surgimiento de un catálogo de derechos y la noción de mantener diversas potestades públicas derivadas del pacto social, entendido este como un acto creacional.

En el caso del país galo se puede encontrar un medio de defensa, y es el correspondiente al ejercido por el Senado Conservador, llamado así por su creador José Sieyes “*cuya denominación deviene del hecho de que ese órgano procuraba la conservación del texto de la Declaración de los Derechos del Hombre*

⁶ VEGA García, Pedro, *Mundialización y derecho constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*, Porrúa-UNAM, México, 2002, p. 37.

y del Ciudadano”.⁷ Este senado se encargaba de verificar si el acto reclamado era vigente y si el mismo respetaba los derechos contenidos en la mencionada declaración.

Igualmente surgió el recurso de casación, entendido como *“un medio de impugnación negativo, materializado mediante un recurso extraordinario de nulidad, que tiene por objeto examinar la legalidad de los actos procesales, estimados violatorios de garantías del debido proceso legal, revisado por el tribunal de casación, que estimando ilegales dichas actividades, ordena la reposición del procedimiento, o bien, se pronuncia con un nuevo fallo”*.⁸ Este recurso se configura como otro antecedente de los mecanismos de control constitucional, al servir en su momento como un medio a través del cual se podían recurrir las sentencias contrarias a la legislación.

Durante el desarrollo del siglo XIX, la idea de la superioridad del parlamento fue haciéndose más y más fuerte, sin embargo no se tuvo en cuenta que la voluntad de las asambleas representativas estuviera sometida a las autoridades judiciales hasta el surgimiento del principio de la división de poderes, donde el límite al poder legislativo fue hallado en la atribución de los diversos poderes soberanos a órganos diversos e independientes.

⁷ DEL CASTILLO, *Op. Cit.*, p. 56.

⁸MARTÍNEZ Ramírez, F. and Caballero González, E., *El recurso de la casación*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017 [Disponible online en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25585.pdf>] (Consultado el 20 de mayo de 2017 a las 14:58 horas)

Estados Unidos

Con la consumación de la independencia de las trece colonias británicas en el territorio norteamericano, se generó la publicación de documentos de carácter normativo en los cuales quedaron asentados los derechos fundados en los reclamos que fundaron el movimiento independentista.

Un ejemplo de lo anterior es la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, que contiene derechos como *“la igualdad, la separación de poderes y el establecimiento del poder originario en el pueblo y sus representantes”*⁹. Este documento establece que todos los hombres son iguales, libres, independientes y que tienen derechos inherentes a su propia naturaleza, mismos que no pueden ser postergados y mucho menos pueden ser privados de ellos al señalar que *“...todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por pacto alguno privar o despojar a su descendencia, a saber: el disfrute de la vida y la libertad con los medios de adquirir y poseer propiedad, y buscar y obtener la felicidad y la seguridad.”*¹⁰

⁹ SALGADO Ledesma, Eréndira, *Manual de derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2015, p. 6.

¹⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. (2017). *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia*. [Disponible online en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>] (Consultado el 1 de junio 2017 a las 15:48 horas)

La declaración se constituyó como un parámetro de límites a las facultades de las autoridades, a manera de contrapeso de sus atribuciones con la finalidad de que existiera el equilibrio.

Del contenido de la Declaración de Derechos de Virginia, se desprendía la necesidad del consentimiento previo de los representantes del pueblo para suspender las leyes, el derecho de cualquier ciudadano de exigir en cualquier juicio criminal se le señalasen las causas de su acusación y de poder emplear los medios suficientes para ejercitar su defensa; en alusión a ello, Salgado Ledesma¹¹ señala que se prohibía privar de la libertad al gobernado sin un juicio previo, y en general se establecían mecanismos de protección que se vinculaban con el debido proceso y la seguridad jurídica.

Estos postulados formaron la base de los derechos y las prerrogativas que estructuraron a la Constitución de los Estados Unidos de América y sus enmiendas,¹² para finalmente sumarse a las disposiciones de orden y operación de las entidades de autoridad.

Por lo anterior, no pudo dejarse de lado la exigencia de un sistema de justicia constitucional entendido como un control operado por un órgano independiente de las fuerzas políticas. Esta situación ha ido evolucionando de tal manera, que

¹¹ SALGADO, *Op. Cit.*, p. 6.

¹² Constitución de los Estados Unidos, 1787, Enmiendas IV, V, VI y VII. [Disponible online en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>] (Consultado el 1 de junio de 2017 a las 16:01 horas)

incluso los propios órganos constitucionales en un estado democrático los han considerado la forma más equilibrada para resolver las controversias entre las diversas instancias de poder, tal como se verá más adelante; esto determina que las facultades de creación de la norma por parte del poder legislativo se sitúen en el interior de las demarcaciones constitucionales.

1.1.2. Modelos de control constitucional

La historia de los medios de control constitucional atiende a la posición y el papel que el poder judicial desempeñó como intérprete de la norma constitucional, aun en contra de las nociones que no lo vislumbran como un poder democrático.

El control constitucional actualmente es una garantía de estabilidad. Es un requisito de existencia del estado democrático de derecho. A través de las diversas herramientas que se disponen para poder llevarlo a cabo, tanto los actos como las normas generales que conforman el sistema jurídico del estado, se obligan o se adecuan a los principios subyacentes en los preceptos constitucionales y convencionales que den certeza y seguridad jurídica a todos los gobernados. Es por ello que los medios de control variarán en función del estado que los crea y generalmente atenderá a sus características particulares económicas, sociales y políticas.

1.1.2.1. Modelo difuso de control de la constitucionalidad (sistema americano)

Hay que remitirse a los inicios del siglo XIX en los Estados Unidos de América para encontrar el origen del denominado sistema de control difuso de la constitución, o constitucional por vía de excepción.

Este sistema surge en el derecho anglo-americano, en función de la interpretación que los Jueces estatales de los nacientes estados confederados hicieron del artículo III, sección 2, párrafo 1¹³ y del artículo VI, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos, derivado de la obligación impuesta por la Convención Constituyente de 1787, por medio de la cual se pretendían alinear los actos de autoridad estatales al margen normativo de las leyes de la Unión.¹⁴

Dicho ejercicio interpretativo se materializó dentro de la sentencia del caso *Marbury vs Madison*,¹⁵ por medio de la cual se llevó a cabo el reconocimiento de la

¹³ *“El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.”*, [Disponible online: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>] (Acceso 1 de junio de 2017)

¹⁴ *“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.”* [Disponible online: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>] (Consultado el 1 de junio de 2017 a las 16:18 horas)

¹⁵ GARAY, Alberto F., *La enseñanza del caso “Marbury vs Madison”*, Revista sobre la enseñanza del derecho, año 7, número 13, 2009, pp. 121-136.

superioridad jerárquica que la carta magna posee, y para el caso en específico, se tradujo en la materialización por medio de una tesis de inaplicación de una norma jurídica que implícitamente desconocía la superioridad de la constitución misma.

En términos generales, este sistema dotó la facultad a los jueces de poder dejar de aplicar la ley cuando se considere contraria a la Constitución.

Este caso resulta importante, puesto que se considera el primer antecedente en el que se asienta que la Corte Suprema puede ejercer el control de constitucionalidad para poder impedir la aplicación de normas que sean consideradas inconstitucionales. Si bien la constitución estadounidense no confería de forma expresa dicha facultad al órgano judicial, del ejercicio interpretativo de la corte se obtuvo que dicha atribución derivaba de una lectura lógica del sistema, en función de la supremacía constitucional y la revisión judicial.

En este sistema, el objeto principal del proceso no es el control de la constitucionalidad de una ley, puesto que este control está incluido en el mismo, sea por excepción o sea de forma incidental durante el curso de un proceso concreto pero con carácter común, siempre y cuando la constitucionalidad de la ley que se discute tenga una injerencia tal, que pueda tener peso en la toma de la decisión jurisdiccional.

A partir del fallo del caso anteriormente citado, se entiende a este sistema americano o de 'control difuso', como aquel sistema en que el control de la

constitucionalidad se puede llevar a cabo por cualquier órgano jurisdiccional, independientemente de la jerarquía que ocupe en la estructura judicial.

Los medios de defensa constitucional creados a partir de esta noción del control difuso son:

Habeas corpus; *“es el derecho que tiene toda persona para tutelar su libertad cuando es privada de ella con violación de sus garantías constitucionales o legales o bien cuando se prolonga ilícitamente la privación de su libertad, derecho que se materializa concurriendo ante un Juez o Magistrado del lugar donde se produce el acto ilegal para que se ordene su libertad”*¹⁶.

Mandamus; es la vía en que se ventiló el caso Marbury vs Madison y que es el inicio de la defensa constitucional en Estados Unidos de América; es un auto *“por el que se compele al cumplimiento de un deber por parte de la persona u órgano a quien va dirigido. Es un auto privilegiado, porque sólo puede instarse cuando no existe otro recurso adecuado. Se dirige por un tribunal a otro de inferior jerarquía, o a una persona jurídica, pública o privada, o a una persona física”*¹⁷.

Injunction; es un procedimiento sumario que tiene el objetivo de atribuir la posesión de una cosa a una persona física o jurídica de manera provisional.

¹⁶ ElHeraldoCo. 2013. Bolívar Acuna, Miguel. *El derecho del “Habeas Corpus”*. [Disponible online en: <https://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/el-derecho-del-habeas-corporus-130686>] [Consultado el 10 de febrero de 2017 a las 9:54 horas]

¹⁷Enciclopedia-juridica.biz14.com. 2014. *Mandamus*. [Disponible online en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/mandamus/mandamus.htm>] (Consultado el 14 de febrero de 2017 a las 11:40 horas)

Quo Warranto; es un “recurso extraordinario que busca una orden judicial para que un funcionario público cese de actuar de una manera específica que va más allá de sus facultades autorizadas”¹⁸.

Certiorati; “Remedio mediante el cual una parte en un pleito judicial le solicita a un tribunal apelativo utilizar su discreción para revisar una decisión de un tribunal o cuerpo adjudicativo de menor jerarquía”¹⁹.

Se configura entonces la revisión judicial²⁰ que da pie a la defensa difusa de la constitución en el sistema americano, entendida como una autoridad dada por la Corte de los Estados Unidos por medio de la cual se determina si cierta ley es contraria o no a la constitución.

En la actualidad, el sistema americano sigue manteniendo como base de su control constitucional a la supremacía de la constitución, permitiendo que la función jurisdiccional contemplada desde sus dos perspectivas –ordinaria o constitucional-, pueda ser llevada a cabo por los tribunales que conforman al poder judicial en general. En el mismo sentido, permite que estos tribunales no solo se vean limitados a trabajar con los asuntos que de naturaleza ordinaria se

¹⁸ MARTINEZ Rodríguez, Eugenio, *Diccionario Jurídico en Línea*, 2010. *Definición de quo warranto*. [Disponible online en: <http://www.popjuris.com/diccionario/definicion-de-quo-warranto/>] (Consultado el 20 de febrero de 2017 a las 16:31 horas)

¹⁹MARTÍNEZ Rodríguez, Eugenio, *Diccionario Jurídico en Línea*. 2009. *Definición de cerciorati*. [Disponible online <http://www.popjuris.com/diccionario/definicion-de-certiorari/>] [Consultado el 16 febrero 2017 a las 12:45 horas]

²⁰ IDOWU W., William, *La doctrina de la obligación judicial y la obligación de obedecer el derecho*, DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho, No. 27, 2004, pp. 349-376.

les presenten en diversas materias, sino que al actualizarse una controversia de carácter constitucional, pueden tomar determinaciones de dicho rango para ejercer un control de constitucionalidad de leyes o de actos estatales para el caso en específico.

Debido a lo anterior, el contemporáneo sistema estadounidense de control de constitucionalidad cuenta con una serie de reglas que permiten su operatividad y sobre las que han sustentado su funcionamiento.

La primera de estas reglas es que no debe pronunciarse la inconstitucionalidad de una ley, si dentro del caso hay cabida para la aplicación de otra norma, o que derivado de una interpretación constitucional, esto sea razonablemente permitido.

La segunda regla establece que siempre debe mediar un proceso contencioso que resulte en la posible declaración de inconstitucionalidad, pues de lo contrario se violentaría el principio de división de poderes, al transformar estructuras normativas creadas por el legislativo sin más razón que la voluntad unilateral del poder judicial.

En el mismo sentido, se asume como una regla que la declaratoria de inconstitucionalidad no es llevada a cabo 'de oficio' por los tribunales, sino que existe la exigencia de que la parte agraviada active el mecanismo de control y que dicha parte acredite la existencia de un interés directo y legítimo; para ello es necesario que se agoten los medios que las leyes procedimentales establezcan.

1.1.2.2. Modelo concentrado del control de la constitucionalidad (austriaco)

Este modelo nace a partir de las ideas de Hans Kelsen,²¹ que sostenía que quien defendiera la constitución no debería ser ninguno de los tres órganos clásicos de ejercicio del poder: ni el legislativo, ni el ejecutivo, ni el judicial. Por lo anterior, dicha tarea debería ser encomendada a un órgano autónomo e independiente a los anteriormente citados; órgano que él denomina 'corte o tribunal constitucional': *“El tribunal constitucional es el encargado de resolver la constitucionalidad de la legislación secundaria para así tener un respeto al texto constitucional y combatir las normas secundarias o esta o sin fundamento jurídico”*²².

De la misma manera, Kelsen propuso que este Tribunal Constitucional se encargara de conocer cuestiones de apego o desacato del mandato constitucional de forma exclusiva, sin que existiese la necesidad de que este tuviera forzosamente que estar ligado al poder judicial.²³

²¹ KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en anuario jurídico, Ed. UNAM No. 1, México 1974

²² *Ibidem*, p. 472.

²³ Kelsen consideraba al Tribunal Constitucional como un legislador negativo, puesto que en ejercicio del poder que tiene para nulificar una ley se desprenden facultades análogas a las de legislar pero en sentido inverso, es decir contrario a promulgar, el Tribunal Constitucional puede legislar nulificando.

Por su parte, Carl Schmitt²⁴ sostenía que el control de la constitución jamás debería ser judicializado, al ser esta una actividad propia de la naturaleza del Poder Ejecutivo.

Por ello, Schmitt señaló que sentía escasa atracción por la intervención de los tribunales en el control constitucional de los actos de autoridad, además afirmó que el modelo angloamericano implantado a través de la Corte Suprema de los Estados Unidos era una clase de mito. De esta forma, de las diversas confrontaciones ideológicas que tuvo con Kelsen, se desprende la intención de Schmitt de pugnar por el propio representante del poder ejecutivo como el garante perfecto de la protección de la constitución, el 'guardián' de la misma.

En consecuencia, la crítica de Schmitt se dirige en contra de los tribunales, al comprender que la naturaleza de los asuntos que se someten a su jurisdicción es política. Por ello, en la discusión con Kelsen, defendió la idea de que la defensa de la constitución debería hacerse desde un enfoque político: el presidente del *Reich*. Hernández Valle²⁵ estima al respecto de los criterios del alemán que *“el ejercicio de las competencias propias de la jurisdicción constitucional no transforma al estado en jurisdicción, sino más bien a los tribunales en verdaderas instancias políticas. Ese proceso no conduce a juridificar la política, sino más bien a politizar la justicia”*.

²⁴ SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1996, pp. 132-134.

²⁵ HERNÁNDEZ Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Porrúa, México 2015, p. 40.

Por otra parte, Kelsen generó las ideas que estaban orientadas a establecer un tribunal constitucional especializado, mismo al que debería atribuírsele de manera exclusiva el conocimiento de decisión de las cuestiones constitucionales; este fue el Tribunal Constitucional que fue implantado en las cartas fundamentales austriacas y checoslovacas.

Finalmente, la propuesta kelseniana se impuso con el tiempo en diversos estados, siendo que actualmente en varios se encuentra vigente un tribunal constitucional, que sin pertenecer necesariamente al poder judicial, se integra por especialistas en materia constitucional que se encargan de velar por la protección de la norma fundamental en cada uno de ellos, ya sea por mantener el orden constitucional estructural u orgánico, o por vigilar la protección a los derechos fundamentales.

Humberto Nogueira Alcalá²⁶ señala que “*en el modelo de control concentrado germano austriaco lo contencioso constitucional se distingue de lo contencioso ordinario, siendo centralmente un control represivo o reparador*”. Es un solo tribunal determinado constitucionalmente con tal fin, el que resuelve dichas controversias a iniciativa de determinadas autoridades u órganos estatales, en base a razonamientos jurídicos, produciendo su sentencia con efectos de cosa juzgada y *erga omnes*; asimismo la sentencia tiene un carácter constitutivo y efectos ‘*ex nunc*’.²⁷

²⁶ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, p. 33.

²⁷ *Ex Nunc* se refiere a la característica de surtir efectos desde el momento en el que se pronuncia o se dicta la sentencia hacia el futuro, es decir, del presente al futuro sin efectos retroactivos.

Una vez que han sido expuestos los dos modelos más importantes de control constitucional que actualmente tienen vigencia operativa, se puede observar que en lo relativo al control difuso, este implica que la autoridades que se encarguen de la defensa sean indeterminadas, evitando que esta prerrogativa se concentre en un solo ente y promoviendo que cualquier órgano jurisdiccional pueda llevar a cabo dicho ejercicio, sin importar el nivel jerárquico que guarde dentro del aparato judicial a través de un sistema de precedentes judiciales.

Este sistema difiere por completo de la visión europea del tema, que si busca la revisión de la constitucionalidad, lo hace a través de un órgano concentrador de dicha función completamente determinado.

Las diferencias en el ejercicio de la labor revisora no se encuentran en las resoluciones en sí, sino en la forma de llevar a cabo la defensa. El control difuso de la constitución nace de un acto incidental o específico que requiere la presunción de inconstitucionalidad por parte del afectado dentro de un proceso o procedimiento jurisdiccional, mismo que exigirá a la autoridad concedora y competente se lleve a cabo dicha revisión para poder determinar la constitucionalidad o no del acto del cuál es objeto. Como se puede deducir, el efecto de la resolución tiene consecuencias de derecho solo para cualquiera de las partes que lo haga valer.

Véase: CORNEJO Certucha, Francisco M. Voz, "*Ex Tunc y Ex Nunc*", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 1374.

Al hablar del sistema concentrado, la naturaleza cambia y tiende a tomarse como mayormente encaminada a buscar efectos de naturaleza general. Lo anterior debido a que en este modelo, es el tribunal constitucional el órgano encargado de llevar a cabo la defensa de la constitución, a través de un procedimiento independiente o autónomo que nace de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, cuya finalidad es que una norma o ley sean tildadas con tal categoría por medio de un control abstracto que dé lugar a un pronunciamiento generalizado.

1.2. Presunción de constitucionalidad

Es cierto que el *statu quo* de la situación que guardan las leyes y los actos de autoridad en México es aquel que presume la constitucionalidad de los mismos; sirve de soporte a esto, lo estipulado dentro de los criterios jurisprudenciales emitidos por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.²⁸

Esta situación implica la necesidad de mantener vigente un principio de auto conservación constitucional que permite mantener firme y viva la estructura, no solo de las disposiciones constitucionales, sino de las normas, instituciones y actos que de ella emanan, para poder así garantizar la integridad del estado y sus elementos.

²⁸ Tesis 1ª./J 121/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época* t. XXII, septiembre de 2005, p. 143, Primera Sala, registro 177264. Rubro: LEYES. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE PEDIR NO BASTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD

Es de esta forma como el estado se considera a sí mismo constitucional, y transfiere al ciudadano o al quejoso la carga de demostrar que ciertas leyes y actos se encuentran fuera del marco de lo constitucionalmente establecido.

La existencia de la presunción de constitucionalidad, como base de los criterios empleados por el máximo tribunal de nuestro país, genera que la interpretación que este realice, sea siempre tendiente a determinar la admisibilidad constitucional de una norma, es decir, determinar si la norma combatida se adecúa al margen constitucional después de interpretarla de manera conforme a la carta magna.

En este sentido, para Figueroa Mejía,²⁹ la permanencia y desarrollo de la presunción de constitucionalidad, es producto de una clase de respeto que el poder judicial tiene para el poder legislativo en aras de no involucrarse en una invasión de esferas competenciales, ni de provocar mayor inconstitucionalidad o incertidumbre jurídica derivada de las normas impugnadas.

Generalmente, la intención del máximo tribunal es solo eliminar la parte de la norma que se declare inconstitucional y no un ordenamiento o norma íntegra, pues de esta forma se procura la permanencia de la estructura normativa del estado, y se evita el surgimiento de lagunas o vacíos que impidan garantizar la seguridad

²⁹ FIGUEROA Mejía, Giovanni Azael, *La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano*, 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 251 [Disponible online: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/12.pdf>] (Consultado el 5 de junio de 2017 a las 15:23 horas)

jurídica. Sin embargo ante determinadas condiciones, se puede dar el caso de que la totalidad de un sistema normativo sea expulsado de la estructura por considerarse inconstitucional.³⁰

La presunción de constitucionalidad no es una condición que derive de la formalidad de la norma, es una noción que se ha ido construyendo a partir de los criterios jurisprudenciales, es decir, es una determinación que ha sido fortalecida por el poder judicial del estado mexicano. Por ello debe llamar la atención el cuidado que el máximo tribunal debe tener en la creación de criterios y el empleo de los mismos.

La salvaguarda de la constitución con base en la presunción de constitucionalidad y la aversión de la corte por no ir más allá, aun cuando una posible inconstitucionalidad sea evidente, abre el telón de un escenario en el que la adecuación de normas al tenor de la interpretación conforme, conduzca al sistema normativo mexicano a estar construido con disposiciones forzadas y al límite de la constitución, situación que en nada abona al respeto de los principios contenidos en los derechos humanos que se tutelan a través de ella y de los instrumentos internacionales.

³⁰ Tesis jurisprudencial P./J. 85/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 849, registro 170877. Rubro: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUPUESTO EN EL QUE SE JUSTIFICA LA INVALIDEZ Y CONSECUENTE EXPULSIÓN DE TODO EL SISTEMA NORMATIVO IMPUGNADO Y NO SOLO DE LAS PORCIONES NORMATIVAS DIRECTAMENTE AFECTADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Consecuentemente, es necesario diseñar los conceptos que aporten a la conformación de un *statu quo* que atienda a las necesidades reales de protección de los derechos fundamentales, y sobre todo, que doten de congruencia a la estructura normativa de México, en atención al contenido constitucional y a las convenciones internacionales; estos conceptos deben conformar la noción de la presunción de inconstitucionalidad.

Por su parte, Vallarta Marrón³¹ realiza un análisis sobre los problemas jurídicos que enfrenta el ordenamiento general con base en los postulados por Neil MacCormick; dichos problemas se presentan en diversos niveles, siendo estos: 'problemas de relevancia', cuando se pretende determinar cuál es la norma aplicable a un caso; 'problemas de interpretación', cuando se desconoce el modo en que ha de comprenderse una norma; 'problemas de prueba', cuando se intenta establecer la comisión de un determinado hecho; y 'problemas de calificación', cuando se busca demostrar si la existencia de un hecho lo vuelve objeto de regulación jurídica.

En el caso de los problemas de relevancia y de interpretación, se trata de niveles que se encuentran fuera de lo tangible o lo material, por lo tanto pertenecen al plano ideal de lo jurídico.

³¹ VALLARTA Marrón, José Luis, *Argumentación Jurídica*, Porrúa-Facultad de Derecho, UNAM, México, 2011, pp. 58-61.

Por su parte, los problemas de prueba por supuesto que pertenecen al plano de lo factico, mientras que los problemas de calificación implican la labor de generar el vínculo entre lo intangible y lo material.

La presunción desde el apartado procesal, es una deducción de consecuencias que se deriven de la sucesión de actos por medio de indicios para demostrar hechos.³²

Desde la teoría del acto administrativo, el acto de la autoridad estatal puede ser considerado material o normativo, siendo el primero aquel que implique el despliegue físico de un actuar o la propia omisión, siempre con el denominador del impacto instantáneo en el plano de lo tangible. El acto normativo tiene como fin modificar, crear o extinguir una norma jurídica, misma que puede ser de efectos individualizados como una sentencia, o generales como una ley.

En este sentido, los actos que se vinculan con la existencia de la norma (normativos), pueden tener dos tipos de vicisitudes: formales y materiales. Un vicio formal atiende a irregularidades o desatenciones que se presentan en relación con el proceso de creación e instauración; por su parte, los vicios materiales atienden a la sustancia de la norma al contener en su esencia una determinación contraria lo dispuesto en una norma superior como lo es el caso de la constitución. Los

³² Tesis Aislada XI.1o.A.T.46 L(10a) *Semanario Judicial dela Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 41, , Tomo II, Abril 2017, p 1783, Registro: 2014187, Rubro: PRUEBA PRESUNCIONAL HUMANA EN EL JUICIO LABORAL. ESTÁNDARES QUE DEBEN SEGUIRSE PARA ANALIZAR SU ACTUALIZACIÓN.

vicios de forma de la norma pertenecen al plano de lo fáctico, mientras que los materiales, o los de fondo, pertenecen al plano de lo intangible.

Partiendo de su propia definición jurídica, resulta imposible considerar que la presunción como método demostrativo de verdades en el plano de los hechos, pueda emplearse para determinar una situación de fondo, o una situación que rebasa el plano de lo materialmente perceptible, mucho menos cuando la verdad desconocida verse sobre tema de la constitucionalidad material de una norma.

Al entender que en el plano de la regularidad constitucional no se discute sobre hechos, sino sobre el fondo de la norma, resulta natural considerar que lo adecuado al tratarse de presunciones –permítaseme la palabra a pesar de lo ya expuesto- de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, es dilucidar sobre quién recae la carga de la argumentación y no la carga de la prueba, pues como se expuso, no versa una discusión sobre hechos, sino sobre derecho.

En este orden de ideas, Sánchez Gil³³ indica que *“la presunción de constitucionalidad impone al actor constitucional la carga de la argumentación: el deber de exponer las razones y motivos por los cuales estima inconstitucional el acto que reclama, actividad que requiere desarrollar para comunicar sus razones al tribunal y que este tenga conocimiento de ellas para la satisfacción de su propio interés”*. Si bien Sánchez Gil está en lo correcto al referirse a la ‘carga

³³ SÁNCHEZ Gil, R., *La presunción de constitucionalidad. En la ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador el derecho*, (Vol. III pags. 365-412), México: UNAM, IMDPC, Marcial Pons, 2008, p. 380.

argumentativa' que debe ser empleada en las controversias donde converjan criterios para determinar la regularidad de la norma, tiene un defecto en su señalamiento al considerar que esta carga le corresponde al actor que emprende la acción para determinar la inconstitucionalidad de una norma.

No obstante, Sánchez Gil olvida que en el caso de los procesos que implican la determinación de la inconstitucionalidad de una norma, el interés va más allá del conflicto particular, para convertirse en una situación de interés público dentro de la cual se encuentran derechos humanos tutelados, tanto en la norma suprema como en las convenciones internacionales, mismas que dan origen a los sistemas de protección internacional, cuyos criterios han establecido la obligación de los estados de velar por la máxima protección, promoción y respeto de los derechos humanos en el ejercicio de sus funciones, convirtiéndolo en un agente activo de los mismos a través del control de convencionalidad *ex officio*, tal como se determinó en sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso de Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos en el año 2009:

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente

*en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*³⁴

De dicha sentencia se desprende que la revisión de sujeción a la convencionalidad en materia de derechos humanos no es discrecional sino obligatoria, con miras a la defensa de las disposiciones que salvaguarden los derechos fundamentales del actor o del quejoso.

Si se parte de esta obligación, se puede entender incluso que la institución de la suplicia de la queja no es más que una simulación o una pantalla de supuesta buena voluntad estatal, que lejos de ampliar el espectro de protección al gobernado, puede limitar su acceso a la justicia al no cumplir con lo dispuesto en criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que para nada son producto de la interpretación de un precepto constitucional; criterios tales como el principio de estricto derecho, que acota el margen de revisión a lo expuesto únicamente en los conceptos de violación y agravios del actor y cuya limitación no deviene de ningún precepto legal, mucho menos constitucional.

Nuevamente el *statu quo* de la presunción de constitucionalidad se ve debilitado por lo señalado por la Corte Interamericana dentro de la sentencia para el caso Albán Cornejo y otros vs Ecuador del año 2007, al determinar que la materia de

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, 23 de Noviembre de 2009, párrafo 339.

los derechos humanos no pertenece al plano de lo particular y no debe ser reducida a una simple gestión de intereses privados que deben ser observados solo a iniciativa del actor procesal:

62. El deber de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”⁴⁰. La debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención.³⁵

Por si no fueran suficientes las sentencias internacionales anteriormente expuestas, se suma la resolución del Caso González y otras, “Campo Algodonero” vs México del 16 de noviembre de 2009, de la cual se desprende que la tutela de los derechos humanos es de orden público y trasciende la voluntad de las partes, por tanto es obligación del estado actuar de manera oficiosa de conformidad a lo dispuesto en el sistema americano de protección en la materia.³⁶

Para seguir encontrando deficiencias en la presunción de constitucionalidad, es necesario remitirse al origen de dicha noción, esto conducirá tal como lo indica

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs Ecuador*, 22 de noviembre de 2007, párrafo 62.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras, “Campo Algodonero” vs México*, 16 de noviembre de 2009, párrafo 25.

Enríquez Soto³⁷ al año de 1796, mediante la instauración del principio de interpretación conforme en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos para el caso *Hylton vs Estados Unidos*, en la que el juez Samuel Chase emitió su voto expresando: *“si la Corte tiene tal poder de declarar la inconstitucionalidad, soy libre de declarar que nunca lo ejerceré si no se trata de un caso muy claro”*.³⁸

Lo anterior sentó un precedente jurisdiccional que permitió que la doctrina Hamilton sostuviera que *“la función de los tribunales es declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución”*.³⁹ Por otro lado, el juez Marshall fortaleció los precedentes mediante su aseveración respecto de que la conformidad de una ley con la constitución debía ser siempre afirmativa frente a la duda, pues la situación en contrario no podía devenir de leves conjeturas, sino cuando el propio juez tuviera elementos lo suficientemente fuertes para poder determinarla,⁴⁰ tendencia de pensamiento que se materializó en el juicio *Dartmouth College vs. Woodward* donde expresó:

“Esta Corte no puede ser insensible a la magnitud o a la delicadeza de esta cuestión. Debe examinarse la validez de un acto legislativo; y la opinión del

³⁷ ENRÍQUEZ Soto, Pedro Antonio, *La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos*, Cuestiones Constitucionales no. 32, ene-jun 2015, [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100004#notas] (Consultado el 6 de junio de 2017 a las 11:56 horas)

³⁸ CARPIO Marcos, Edgar, *Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI, p. 157.

³⁹ HAMILTON Alexander, James Madison, John Jay, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, núm. LXXVIII, p. 331.

⁴⁰ SÁNCHEZ Gil, *Op. Cit.*, p. 370.

*más alto tribunal de derecho de un Estado debe revisarse —una opinión que trae consigo evidencia intrínseca de la diligencia, habilidad e integridad con la que se formó—. En más de una ocasión, esta Corte ha expresado la cautelosa circunspección con la cual se aboca a considerar tales cuestiones, y declarado que en ningún caso dudoso pronunciaría que un acto legislativo es contrario a la Constitución”.*⁴¹

Por cuanto ve al caso mexicano, el origen del principio de la interpretación conforme que se vincula con la presunción de constitucionalidad, se encuentra en la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte que durante su quinta época estableció que *“Las leyes secundarias deben interpretarse armonizándolas con los estatutos constitucionales, porque no se concibe, salvo cuando el texto de ellas sea perfectamente claro y no dé lugar a interpretación, que el legislador haya pretendido establecer una disposición a todas luces anticonstitucional”*.⁴²

Bastan los datos históricos ofrecidos, para dar cuenta de que en todas las consideraciones de la interpretación conforme y de la presunción de constitucionalidad como uno de sus elementos de conformación, se guarda de forma total la cautela para evitar ‘invadir’ la esfera de acción del órgano legislativo, asumiendo que este creó la norma dentro de los márgenes establecidos por la constitución y por tanto, toda norma se presume constitucional hasta que no sea demostrado lo contrario.

⁴¹ *Ibidem*, p. 371.

⁴² Tesis aislada P./J. 85/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta época, t.LVIII, septiembre de 1938, p. 2581, registro 331320. Rubro: LEYES SECUNDARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS.

Pro consiguiente, Enríquez Soto⁴³ considera que es de esa forma como la presunción de constitucionalidad, al encontrar siempre su justificación en las razones del legislador, dota de fortaleza al sistema democrático mexicano con soporte en el cuerpo legislativo, aún a pesar del naciente ejercicio de control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces nacionales en diversos niveles. El autor afirma que la situación en contrario, solo agrandaría la brecha o intensificaría la tensión entre la democracia y la justicia constitucional, dejando como resultado a un estado institucionalmente debilitado.

No obstante, difiero de la idea de Enríquez, pues ese posicionamiento cierra por completo la puerta a encontrar irregularidades materiales en las normas, dado que ese plano de 'perfección legislativa', provocaría que una autoridad necia siempre pudiese encontrar un argumento, por muy pequeño que fuera, para sostener la constitucionalidad de las mismas en las razones del legislador. Al respecto Da Silva⁴⁴ expone lo siguiente:

“De esta forma, aquéllos que aceptan lo que se ha escrito sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes y sobre la interpretación conforme a la Constitución y que sean mínimamente coherentes con los argumentos que suelen traerse a propósito, se darán cuenta rápidamente de que la idea de control de constitucionalidad y la interpretación conforme a la Constitución dejan de tener mucho sentido, pues será difícil no encontrar un argumento por simple que sea, que no sostenga la presunción de

⁴³ ENRÍQUEZ Soto, Pedro Antonio, *La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos*, Cuestiones Constitucionales no. 32, ene-jun 2015, [Disponible online http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100004#notas] (Consultado el 6 de junio de 2017 a las 21:34 horas)

⁴⁴ DA SILVA Virgilio, Alfonso, *La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial*, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, núm. 12, enero-junio de 2005.

constitucionalidad de una ley y, consecuentemente, la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución”.

No se puede sostener a la presunción de constitucionalidad en el carácter democrático de las leyes ni en la perfección en el actuar del legislador al crearlas, pues ninguna de las dos bases está plenamente acreditada.

El carácter democrático de las leyes se pone en entredicho en muchas ocasiones, siendo una de ellas cuando se traslada el tema al caso de los representantes plurinominales en los órganos legislativos, tal como lo manifiesta Edgardo Buscaglia⁴⁵ a lo largo de su obra ‘Vacíos del Poder en México; el camino hacia la seguridad humana’, pues si bien dichas figuras se encuentran reguladas por la ley, ninguno de ellos deviene de una elección directa en la cual el ciudadano haya expresado su conformidad con su designación. Dichos candidatos y servidores públicos en potencia, son ‘puestos’ en el lugar con base en negociaciones políticas, pagos de deudas y acuerdos de los cuales el ciudadano muchas veces no se entera. La constitucionalidad y la democracia no necesariamente van de la mano.

Por otro lado, tomar de base la perfección de la norma como producto del impecable trabajo del legislador, al dotarla de elementos que permitan hacer irrefutable su constitucionalidad por devenir de una excelente técnica legislativa, sencillamente sería referirse un plano utópico que considero no amerita ni

⁴⁵ BUSCAGLIA, Edgardo, *Vacíos del poder en México: el camino hacia la seguridad humana*, DEBATE, México, 2013 p. 47.

discusión para probar su inexistencia. La historia, los medios de comunicación y la propia falibilidad humana dan la razón sobre el por qué esto es impensable.

Es entonces como queda en evidencia que la presunción de constitucionalidad, realmente no es un sistema que atienda a la obligación de hacer frente a los retos internacionales en materia de derechos humanos que exigen al estado ser agente activo de su protección, promoción y respeto; por el contrario, acota la función jurisdiccional a la voluntad del legislador, como si la ley fuera la única fuente de derecho, atentando contra la supremacía constitucional al no devenir de la misma, siendo permisible con la existencia de normas inconstitucionales en el sistema y desatendiendo la función contra mayoritaria de los derechos humanos que Luigi Ferrajoli⁴⁶ explica de la siguiente manera:

“...los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones”.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (P.A. Ibañez y A. Greppi, trads.), Ed. Trotta Madrid, 2006, pp.23-24

Después de repasar las deficiencias de la presunción de constitucionalidad, quizá existan posiciones que de forma purista y localista atiendan a lo dispuesto en la contradicción de tesis 293/2011, por medio de la cual el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió dar una revisión a los criterios que implicaban el empleo del control de convencionalidad de oficio frente a los actos que implicaran una posible violación a derechos humanos; aquella que reanalizó la situación de la jerarquía de normas con la intención de contemplar a los tratados internacionales como parte del bloque de constitucionalidad, pero con la salvedad de que frente a la colisión de determinaciones, se debían mantener las restricciones contempladas en la constitución.

Posiblemente en un sentido riguroso, esa sea la única salida argumentativa que se pudiese emplear para la defensa de la presunción de constitucionalidad, pero no se debe olvidar que dicha contradicción de tesis surge después de la emisión de la sentencia 912/2010, misma que se originó a partir de la condena al estado mexicano por violaciones a derechos humanos y que lo obligó a realizar una reforma de gran calado, como aquella de junio de 2011 que abrió una nueva época jurídica en el país al tenor de la protección de los derechos humanos.

Tampoco se debe perder de vista que si bien es cierto, dicha contradicción de tesis permanece vigente, la misma se traduce en un acto de tibieza por parte del poder estatal y de renuencia a sujetarse o adaptarse a las exigencias del mundo contemporáneo, quizá por el miedo de ir debilitando poco a poco sus fuentes de poder y de control, tanto político como social.

Caso argentino

Alfonso Buteler⁴⁷ explica cómo Argentina ha trabajado por un modelo muy interesante que rompe el esquema de presunción de constitucionalidad que rige en el caso mexicano, a pesar de que en el país sudamericano se ha presumido la constitucionalidad de sus leyes desde el inicio.⁴⁸

Señala que la presunción de inconstitucionalidad ha ido desarrollándose e incrementándose como criterio dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina. Generalmente los casos en los que dicha noción se ha adoptado, son aquellos que atentan contra el principio de igualdad por medio de distinciones normativas injustificadas, normas que violentan la libertad de expresión y decretos de necesidad o urgencia.

Por ello, las distinciones normativas en donde entra en juego la noción de la presunción de inconstitucionalidad, son aquellas que se fundamentan en el empleo de categorías sospechosas. Este concepto surge después de que en un escrutinio estricto de la constitucionalidad de un acto o norma, se determina que una de las categorías enunciadas en el último párrafo del artículo primero de la

⁴⁷ BUTELER, Alfonso, *La presunción de inconstitucionalidad*, A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, año 15 no. 62, Octubre-Diciembre 2015

⁴⁸ SAGÜES, María Sofía, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, AA.VV. Derecho procesal constitucional, (Pablo L. Manili, coord.), Buenos Aires, Edit. Universidad, 2005, 1ª Ed., p. 49.

constitución (mexicana) ha sido empleada para restringir un derecho que implique menoscabar la dignidad de una persona.⁴⁹

Es cierto que la necesidad pública puede justificar la restricción de los derechos, sin embargo dicha restricción debe ser resultado de un escrutinio estricto para determinar si cierta categoría es sospechosa de inconstitucionalidad y por tanto, se fundamenta un trato desigual. El poder público debe probar que la norma persigue un interés constitucional extraordinario.

En el ámbito internacional, tanto el Pacto de San José en su artículo 1.1., el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 2.2., así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dentro de su artículo 26, regulan lo concerniente a las categorías sospechosas; el derecho argentino dentro de su artículo 11 ha establecido: *“Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social,*

⁴⁹ IÑIGUEZ Manso, Andrea Rosario, *La noción de categoría sospechosa y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso No. 43, Dic. 2014 [Disponible online http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013] (Acceso 8 de junio de 2017)

*económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.*⁵⁰

Con esta base, la Corte Suprema de Argentina ha emitido criterios dentro de su jurisprudencia, tal como aconteció en el caso 'Radulescu'⁵¹, el caso 'Pettero'⁵² y el caso 'Hooft'.⁵³

En dichos casos, el común denominador de los criterios de máximo tribunal, versó sobre la exigencia al estado de demostrar qué fines perseguía al restringir derechos fundamentales y cuáles medios empleó para dicho cometido. Por cuanto ve a los fines, se determinó que debían ser sustanciales y no acotarse al plano de la conveniencia; en referencia a los medios, se exigió al estado que demostrara que no existían para el caso alternativas menos restrictivas para los derechos que se vieron limitados por parte de la normatividad estatal.

⁵⁰ Constitución de la ciudad de Buenos Aires, art. 11, 1994, [Disponible online: http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=26766&qu=c&c] (Consultado el 13 de junio de 2017 a las 11:56 horas)

⁵¹ Alejandro Constantino Radulescu demandó que las normas reglamentarias de la de diversas leyes efectuaban distinciones injustificadas entre argentinos nativos, por opción y naturalizados limitando a unos en el ejercicio de ciertas funciones vinculadas con la soberanía y seguridad de la Nación. Fuente: Radulescu, Alejandro C. v. Gobierno Nacional s/contencioso administrativo", Fallos 290:83,1974.

⁵² Inés Repetto presentó una demanda contra la provincia de Buenos Aires con la finalidad de que se declarara la inconstitucionalidad del art. 5, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de esa provincia, vigente por resolución N. 2877 (ex Ministerio de Educación) del 17 de julio de 1959 (t.o. por resolución N. 721 del 23 de marzo de 1977) como asimismo del art. 4, inc. a) del decreto 4 del 4 de enero de 1980, que imponían el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática. Fuente Inés María Repetto v. Provincia de Buenos Aires (Fallos 311:2272 -LA LEY, 1989-B, 351-)

⁵³ Pedro Cornelio Federico Hooft presentó una demanda tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires -en cuanto excluye a los argentinos naturalizados de la posibilidad de acceder al cargo de juez de cámara atribuyéndole a la norma ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal. Fuente: "Hooft, Pedro v. Provincia de Buenos Aires", Fallos 327:5118, 2004

En síntesis, desde un sistema de presunción de inconstitucionalidad de la norma que restringe derechos con base en categorías sospechosas, el estado está obligado a aplicar un escrutinio directo sobre la misma, dejando de lado la mera razonabilidad básica, plantear la justificación de sus fines y demostrar que no existió otra manera para proteger en mayor medida los derechos fundamentales.

Un sistema con soporte en la presunción de inconstitucionalidad, no viene más que a fortalecer la estabilidad de los derechos humanos y la congruencia de lo dispuesto en la normatividad nacional, que para el caso me refiero a la mexicana, pues enarbola desde su artículo primero constitucional a los derechos humanos.

Claro está que los criterios de empleo y sus efectos no atentan contra la seguridad jurídica y la estabilidad del estado como se pudiese argumentar en contra, pues su aplicación es exclusiva frente a la posible violación a derechos humanos, principalmente por actos derivados de normas que establecen un trato desigual de forma injustificada, tal como ocurre en el simple criterio de razonabilidad que da lugar a que una norma fiscal declarada inconstitucional permanezca vigente para todo aquel que no tenga oportunidad de combatirla en las instancias judiciales correspondientes. En ese caso, no se realiza un escrutinio estricto de las categorías sospechosas, el estado no define los fines sustanciales que persigue y mucho menos demuestra la imposibilidad de usar mecanismos menos transgresores de derechos.

1.3. Control supranacional

En la actualidad existen además de los anteriores, otros sistemas de control o defensa de la constitución que han ido más allá de los clásicos paradigmas, al depositar la facultad para ejercer dicha defensa en entes que superan la construcción estatal. Un ejemplo de ello es el llamado control supranacional que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el caso específico de la región a la que pertenece México.

Hablando en términos generales sobre el control supranacional de constitucionalidad, en una primera impresión, este surge como una contrariedad a la noción tradicional de la incondicional relación de adhesión del marco normativo interno de un estado a la constitución, pues ¿cómo se puede concebir que un agente externo formule cómo se debe desarrollar esa relación que sirve para resolver conflictos netamente internos?

Por su parte, Hernández Valle⁵⁴ identifica tres problemas que surgen a partir de la construcción de la concepción de la jurisdicción supranacional:

“a) la resolución de conflictos relativos a la conformidad de los actos y disposiciones legislativas internas con las normas y principios de carácter internacional y comunitario, b) la decisión de las controversias en las que se discute la conformidad de las normas externas con los preceptos constitucionales y c) los crecientes intentos de armonización entre ordenamientos internos de carácter constitucional y las disposiciones o principios de carácter transnacional”.

⁵⁴ HERNÁNDEZ Valle, *Op. Cit.*, p. 24.

Urgió entonces retomar el concepto del derecho procesal constitucional, para ejecutar una reformulación que diera cabida a las nuevas interpretaciones de la realidad, sobre un marco teórico ya muy cimentado y trabajado sin necesidad de desquebrajarlo desde las bases.

El concepto en mención, dio apertura al control supranacional, mismo que Fix Zamudio⁵⁵ define como *“la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo, reparador y que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales”*.

En esta definición converge un elemento que es común en su empleo por diversos autores para explicar el derecho procesal constitucional, el referente a su objeto de estudio, es decir, los instrumentos normativos que tienen como finalidad extinguir los obstáculos que impidan el cumplimiento de las normas que contienen los derechos fundamentales.

Dicho elemento por sí solo se convierte en la llave que abre la puerta a la más amplia concepción de los límites que el derecho procesal constitucional tiene, pues si lo que se busca es comprender los mecanismos que garantizan la permanencia del orden constitucional, esto tiene que comprender tanto a los que

⁵⁵ FIX Zamudio, Héctor, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1964, p. 77.

se les dote el carácter de internos o nacionales, como a aquellos externos que compartan intenciones con los primeros.

Asimismo, Mauro Capelleti⁵⁶ explica de la siguiente manera su noción de un derecho procesal constitucional supranacional, al que de manera particular llama 'jurisdicción constitucional supranacional' o 'jurisdicción internacional de las libertades': *“aquellas formas especiales de recurso y de procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre o Grundrechte contra actividades del poder público lesivo de tales derechos”*.

Al dotarlo de la carga argumental que las 'libertades' o los derechos del hombre brindan, se asume que el derecho procesal constitucional entonces comprende los mecanismos o medios que son seguidos no solo ante instancias de carácter local, sino ante las internacionales que busquen salvaguardar las normas y los principios que emanan del orden constitucional, en concordancia con el convencional que emana de los acuerdos internacionales, así como las obligaciones que estos generan, poniendo especial atención en la participación dinámica de derechos humanos.

Se hace referencia a la atención que reciben los derechos humanos en el derecho procesal constitucional desde el ámbito supranacional, porque las obligaciones

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, UNAM, México, 1987, pp. 235-236.

que derivan de las convenciones internacionales en la materia, tienen como efecto el ampliar las libertades o el espectro de protección que los gobernados tienen, así como la obligación del estado de hacerlos valer por diferentes medios, so pena de incurrir en responsabilidad como transgresor de estos.

Con el desarrollo globalizado y sus repercusiones tanto sociales como económicas, el avance en la consolidación de los órganos y mecanismos que dieron fortaleza a esta clase de medio de control ha sido paulatino, comenzando en Europa después de la Segunda Guerra Mundial y fortaleciéndose en los años setenta, teniendo como ejemplo a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y a la Corte Europea de Derechos Humanos, hasta lograr su materialización en Latinoamérica, tal como sucede con la Corte Centroamericana de Justicia⁵⁷, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es entonces la Corte Interamericana de Derechos Humanos un órgano internacional de naturaleza judicial y autónoma perteneciente al Sistema Interamericano, cuyo propósito es interpretar y aplicar el Pacto de San José y sus protocolos adicionales⁵⁸ en función de su naturaleza contenciosa, así como brindar

⁵⁷ La Corte se encuentra en Nicaragua y se constituye como un órgano judicial de integración centroamericana y nace a partir del artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa. Véase en *Reflejos de derecho comunitario europeo en las decisiones de la Corte Centroamericana de Justicia*, Alexander Aizenstad, Revista General de Derecho Europeo, No. 25, 2011

⁵⁸ Protocolo de San Salvador, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Debe contemplarse como objeto de aplicación a la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Véase en. *Tratados Internacionales de*

apoyo técnico e informativo en la materia a los estados en razón de su naturaleza consultiva.

Sin embargo, no solo se limita a ello si se asume el contenido del artículo primero constitucional como una puerta abierta que permite al tribunal interamericano la observancia del cumplimiento de las disposiciones convencionales con las que se vincula dicho precepto en materia de derechos humanos.

Aceptar la existencia de un verdadero bloque de constitucionalidad que amplía eficazmente la protección a los derechos humanos, remite de forma inmediata a comenzar a construir el concepto de lo que se podría denominar como una 'constitución convencionalizada'.

En la actualidad, países como Italia y Portugal han solventado el problema sobre la duda de la sujeción de los actos a determinado tipo de norma (interna o internacional), incorporando las reglas de los marcos comunitarios al contenido de las leyes locales, pues se reconoce el rango del derecho de las convenciones.⁵⁹

Los jueces en su labor jurisdiccional han lidiado con la disyuntiva sobre la aplicación de la norma, estableciendo un procedimiento de control previo a la aprobación de los tratados y otro de manera posterior a los mismos. Dentro de

Derechos Humanos firmados y ratificados por México. Comisión de Derechos Humanos de Yucatán, 2015 [Disponible online: http://www.codhey.org/Tratados_Internacionales] (Consultado el 9 de junio de 2017 a las 18:31 horas)

⁵⁹ HERNÁNDEZ Valle, *Op. Cit.*, p. 24.

aquellos que emplean un control preventivo se encuentra España y Francia. En estos países se debe estudiar previamente que el tratado a firmarse por el ejecutivo esté en conformidad con el marco nacional y una vez aceptado, se aprueba por el parlamento; para el supuesto de que existan puntos discordantes, se establecen mecanismos de armonización.

Por cuanto ve al control posterior a la firma de las convenciones internacionales, los órganos legislativos pueden sugerir al ejecutivo renegociar los acuerdos de los mismos o establecer interpretaciones sobre los mandatos internacionales.⁶⁰

La realidad permite ver que el problema de la construcción de un sistema de control supranacional radica en el recelo de los estados por ver trastocada su independencia o su poder de autodeterminación al sujetarse al marco internacional. La naturaleza vinculatoria de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para México y otros países latinoamericanos, ha quedado en entredicho muchas ocasiones, pues no se considera que puedan estar por encima de la norma fundante estatal, y para muestra se encuentra la citada contradicción de tesis 293/2011.

La labor de equilibrio entre el marco normativo internacional y el nacional es complicada pero no imposible. Comprender que el derecho Internacional de los derechos humanos no viene a destruir, sino a consolidar y a fortalecer los esquemas jurídicos de los estados que se comprometen a su promoción,

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 25-26.

protección y respeto es el primer paso en la consolidación de este nuevo paradigma.

1.4. Control constitucional en México

Los instrumentos de control y defensa de la constitución en México son muy variados, y contrario a lo que se pudiese pensar, son relativamente jóvenes a pesar de que el constitucionalismo mexicano es muy antiguo.

El control constitucional comenzó a hacerse sentir y a ser una reconocida facultad del poder judicial a partir del año de 1987, pues se efectuaron distintas reformas constitucionales por medio de las cuales, el poder judicial a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adquirió el carácter de 'tribunal constitucional' como lo califica Ramos Quiroz.⁶¹ Las reformas en mención son las de 1987, las de 1994, 1996 y 1997.

El tema de los medios de control constitucional en México, comenzó a evolucionar al grado de que se creó la facultad de investigación de la Corte, el juicio político, las controversias constitucionales, la acción de inconstitucionalidad, los juicios de revisión constitucional para la protección de los derechos políticos electorales, así como los procedimientos ante los organismos protectores de los derechos humanos y finalmente, la declaratoria general de inconstitucionalidad.

⁶¹ RAMOS Quiroz, Francisco, *“El control constitucional y la Suprema Corte de Justicia: una perspectiva histórica”*, Ed. UBIJUS, México, 2013, p. 105.

A pesar de que existen diversos medios de control contemplados en la normatividad mexicana destinados a proteger los derechos humanos frente a los actos de autoridad que tienen repercusión directa en la esfera jurídica del gobernado, para efectos de este apartado se abordará únicamente el juicio de amparo y la acción de inconstitucionalidad.

1.4.1. Juicio de amparo

El juicio de amparo se ha consolidado como el medio de defensa o de control constitucional más frecuente en su uso e inmediatez. Dicha institución representa un contrapeso frente al imperio del estado y los actos de autoridad que vulneren los derechos humanos. Este medio de defensa constitucional guarda relaciones sustanciales con la declaratoria general de inconstitucionalidad, incluso es un catalizador o detonador de ella, por ello es que resulta importante hacer el análisis del mismo.

Asimismo, el juicio de amparo es un medio de control constitucional que tiene por objeto específico proteger los derechos humanos reconocidos tanto en la constitución como en los tratados Internaciones de los que México sea parte, frente a los actos de todas las autoridades nacionales, cuando éstos violen los referidos derechos fundamentales y las garantías establecidas para su protección.

Esta institución surge como un medio de defensa frente a actos del poder público, específicamente se marca su origen en la constitución de Yucatán de 1841⁶² durante el periodo en el que las intenciones separatistas de la entidad iban siendo formuladas.

De igual manera se contempla en el Acta de Reformas de 1847, mediante la cual se buscaba volver al sistema federal haciendo renacer a la Constitución de 1824 para poder añadir reformas complementarias que a la larga derivarían en la Constitución de 1857; constitución en la cual se intentó erigir nuevamente como eje rector el principio de la división de poderes y la delimitación del actuar de estos en función de la carta magna.

Desde sus inicios en el siglo XIX, este medio de control fue definido por Ignacio Vallarta como un proceso de naturaleza legal por medio del cual, de forma sumaria se recuperarían los derechos del hombre insertos en la constitución, que fueran violentados por la autoridad o para buscar la exención frente a una ley que invadiera la esfera local.

A partir de ahí, la conceptualización de esta institución ha pasado por diversos autores como Alfonso Noriega⁶³ que señala que:

⁶² FERNÁNDEZ Fernández, Vicente, *El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México*, Revista Ius, vol. 5, no. 27, Puebla, ene/jun 2011, [Disponible online http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100009] (Consultado el 9 de junio de 2017 a las 19:01 horas)

⁶³ NORIEGA, Alfonso. *Lecciones de amparo*, Porrúa, México, 1975, p. 333.

“...es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales, de un tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramita en forma de juicio ante el Poder Judicial de la Federación y que tiene como materia las leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en de los Estados o viceversa y que tiene como efectos la nulidad del acto reclamado y la reposición del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación”.

Las definiciones han ido evolucionando hasta abandonar el término de garantías individuales para emplear el de derechos fundamentales, tal como lo hace Cesar Garza García⁶⁴ al explicar al juicio de amparo como *“la última instancia impugnativa de la mayor parte de actos jurídicos del derecho público, materialmente jurisdiccionales, administrativos o legislativos, por lo que tutela íntegramente el Estado de Derecho contra violaciones de cualquier autoridad siempre que las infracciones se traduzcan en una afectación actual, inminente, personal y directa a los derechos fundamentales de un gobernado”.*

Cada una de las definiciones planteadas han sido objeto de crítica según la época de su formulación, esto en razón de los términos que emplean como garantías y por acotarlos al derecho público. Sin embargo, todos comparten la noción de esta institución como un medio por el cual se genera la defensa por parte del gobernado frente a los actos de autoridad cuando estos impliquen una infracción a la Constitución. Es decir, en los conceptos convergen sus alcances y finalidad protectora.

⁶⁴ GARZA García, Cesar, *Derecho constitucional mexicano*, McGraw-Hill, México, 1997, p. 41.

Esta institución procesal tiene por objeto proteger al gobernado de cualquier acto de autoridad, que a la par del detrimento de sus derechos fundamentales, implique una violación constitucional.

El juicio de amparo es un proceso autónomo de carácter contencioso, cuyo objeto es salvaguardar los derechos fundamentales a través de la invalidación de cualquier acto de autoridad inconstitucional o ilegal que le genere un agravio.

El juicio de amparo mexicano se encuentra regulado por los artículos 103 y 107 de la constitución general y la ley de amparo. En la actualidad existen diversos actos que se encuentran fuera de la acción del juicio de amparo, situación que ha sido duramente criticada por diversos juristas debido a que el amparo como instrumento jurídico de protección a los derechos fundamentales, debe ser accesible para garantizar el estado de derecho, por lo tanto, los efectos de sus sentencias deberían ser generales, tal como Mauro Capelleti⁶⁵ lo señala al establecer que *“el acceso a la justicia atiende no solo a la posibilidad, sino a la efectividad.”*

Por otra parte, Gudiño Pelayo⁶⁶ señala que *“el juicio de amparo se constituye de principios”* tales como el de instancia de parte, el cual se traduce en el hecho de

⁶⁵ CAPELLETI, Mauro y Garth, Bryan, *El acceso a la justicia. La tendencia para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 9.

⁶⁶ GUDIÑO Pelayo, José de Jesús, *Introducción al amparo mexicano*, Ed. Limusa, México, 2003, pp. 79-120.

que el juicio solo puede iniciarse como su nombre lo indica, a petición de la parte afectada y no de forma oficiosa.

El principio de agravio personal y directo establece que la persona que sufre la afectación en sus derechos es la misma que debe promover el juicio de amparo.

El principio de definitividad del acto reclamado implica que el amparo se debe promover únicamente ante actos de autoridad frente a los que no exista medio de impugnación o recurso previo a agotar establecido en la ley o reglamento para defender los derechos del quejoso.

En el principio de estricto derecho estriba el hecho de que el Juez debe estudiar la constitucionalidad del acto reclamado, a la luz de los conceptos de violación que exponga el quejoso. Se debe entender que este principio no rige la procedencia del juicio, sino que se vincula a la actuación del órgano jurisdiccional y la obligación de realizar el análisis a la luz de las exposiciones del quejoso. Sin embargo, existen excepciones a este principio y una de ellas se actualiza al surgir la obligación que también tiene el órgano jurisdiccional de suplir la deficiencia de la queja cuando se trate de determinados sujetos y situaciones, tales como aquellas donde intervengan menores de edad e incapacitados, personas y pueblos indígenas, comunidades agrarias, adultos mayores, beneficiarios de programas sociales; en asuntos laborales, así como casos específicos civiles y diversos escenarios que el poder judicial ha contemplado dentro de los criterios empleados para la elaboración de tesis aisladas y jurisprudenciales.

Otra excepción es la que nace con el propio artículo primero de la constitución al establecer que todas las autoridades en el ámbito de su competencia –esto incluye a los tribunales de amparo-, se encuentran obligadas a respetar, promover, garantizar y proteger los derechos humanos; es por ello que el análisis oficioso de elementos que impliquen la presencia de actos que posiblemente afecten derechos humanos, obliga a la autoridad a realizar dicho estudio que derive en el pronunciamiento correspondiente, aún y cuando el quejoso haya pasado por alto tal situación.

Principio de relatividad de las sentencias

Por último se encuentra el principio que tiene mayor injerencia temática con la declaratoria general de inconstitucionalidad, es decir, el principio de relatividad de las sentencias. Mediante este principio se establece que las sentencias de amparo solo surtirán efectos con las personas físicas o morales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos si resultase procedente la protección de la justicia federal, sin hacer una declaratoria general sobre la ley o el acto que se tilde de inconstitucional, generando así condiciones de desigualdad y de inequidad que se pretenden corregir de forma parcial con la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Este principio se relaciona directamente con la ‘formula Ótero’, que debe su nombre a Mariano Otero, en cuyo contexto de realización pugnaba por que los

efectos de las sentencias solo fueran para quien hubiese echado a andar la maquinaria procesal encaminada a la obtención del amparo por parte de la justicia federal, sin posibilidad de que dicho beneficio tuviese una naturaleza extensiva frente a los demás⁶⁷.

El principio encuentra su fundamento constitucional en la fracción II del artículo 107, que establece que *“Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda”*⁶⁸.

Como antecedente a la instauración del principio de relatividad de las sentencias en México, existen autores como Alfonso Noriega que señalan que hay que remitirse hasta el pensamiento de Alexis de Tocqueville, mismo que Rejón y Otero tomaron para poder elaborar las estructuras jurídicas que garantizaran la protección de los derechos de las personas y la estabilidad del derecho del país.

Sirve de ejemplo un fragmento que Fix Zamudio⁶⁹ toma de los postulados de Tocqueville donde señala:

“si el juez hubiera podido atacar a las leyes de una manera teórica y general, si hubiese podido tomar la iniciativa y censurar al legislador, hubiera entrado

⁶⁷ RUIZ Martínez, Ismael, *La acción de amparo*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, 2003, pp. 68-69.

⁶⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 107. *Diario Oficial de la Federación*, 1917, última reforma publicada DOF 24-02-2017

⁶⁹ FIX Zamudio, Hector, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, UNAM, México, 1993, p 162

brillantemente en la escena política convertido en campeón o adversario de un partido, suscitando todas las pasiones que dividen el país al tomar parte en la lucha. Pero cuando el juez ataca una ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular oculta en parte a las miradas del público la importancia del ataque. Su fallo solo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad.”

En la actualidad han sido los propios tribunales federales quienes han justificado la necesidad del principio de relatividad.⁷⁰

Tipos de amparo

Existen dos clases de amparo: el directo y el indirecto. Por cuanto ve al amparo directo, procede en contra de sentencias definitivas, laudos y resoluciones que ponen fin a un juicio sin necesidad de que estas sean sentencias definitivas. Se substancia cuando el quejoso estime que ha ocurrido una violación por la comisión del acto en específico (pueden ser vicios de fondo o vicios procedimentales).

A través de la vía del amparo indirecto o llamado bi-instancial, se combate la generalidad de actos reclamados. El amparo indirecto resulta procedente contra normas generales y actos que no vayan dirigidos a un gobernado en específico y por excepción, todos aquellos que queden excluidos de las causales de procedencia del amparo directo.

⁷⁰ Tesis aislada, Amparo en revisión 334/1988, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava época, t.III, segunda parte, enero-junio 1989, p. 779, registro 229155. Rubro: SENTENCIAS DE AMPARO, RELATIVIDAD DE LAS.

1.4.2. Acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad se constituye como un medio de control constitucional que encuentra su fundamento en el artículo 105 fracción II de la constitución. La explicación de este medio de control se reduce a una figura por medio de la cual se puede reclamar la inconstitucionalidad de una norma general.⁷¹ El tipo de control constitucional que se ejerce mediante este juicio, suele llamarse “control abstracto”,⁷² pues no es necesario probar que la norma reclamada ha producido un daño concreto y señalable, sino que en función de la hipótesis se indica de manera abstracta cuál es la afectación que su vigencia provoca a uno o más artículos de la constitución. La esencia de esta figura se halla en la contravención de normas frente a los preceptos constitucionales.

Pareciera que es un mecanismo al servicio de cualquiera, pero no, y ahí es donde radica su limitación práctica y su falta de disposición para el ciudadano ‘de a pie’.

Este mecanismo de control se tramita únicamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro de los treinta días naturales posteriores al de la

⁷¹Se debe entender por norma general aquella cuyos efectos afectan a todas las personas de forma abstracta e impersonal, como lo podría ser un artículo de la Ley Federal del Trabajo, del Código Civil Federal o para el tema que ocupa a este trabajo, el Código Fiscal. Una norma particular es aquella que únicamente tiene efectos respecto de sujetos concretos, como lo son las sentencias judiciales. Es importante diferenciar y saber que toda ley y norma no es lo mismo, toda ley es norma, pero no toda norma es ley. Véase a Rubén Sánchez Gil, *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Online <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/15.pdf>, México, 2012, p. 372.

⁷² El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. Véase a Fabio Enrique Pulido Ortiz, *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*, Revista Prolegómenos-Derechos y valores, Colombia, 2011, pp. 167-168.

publicación de la norma que busca reclamarse, y es iniciado por un número cerrado de actores gubernamentales que la misma Constitución en su artículo 105 fracción II prevé.

Lo anterior quiere decir que las acciones de inconstitucionalidad no están disponibles para los ciudadanos, sino que funcionan como un mecanismo de control entre los poderes del estado. Es un mecanismo que si bien es cierto se denomina formalmente “*de control constitucional*”, no menos cierto resulta que se encuentra con una profunda limitación en la accesibilidad por parte del ciudadano común, amén de las connotaciones políticas que frecuentemente lo contextualizan en nuestro país.

1.5. La declaratoria general de inconstitucionalidad

Diferentes sectores del ámbito jurídico y social han pugnado por la necesidad de que se otorguen efectos generales a las sentencias de amparo y que estas que impliquen como resultado, la declaración de inconstitucionalidad de una norma general, partiendo de la premisa de que una vez que se demuestra que la norma es contraria a los principios contenidos en la constitución general, esta no debe subsistir, dada su naturaleza transgresora.

El debate ante estos posicionamientos no se ha hecho esperar, por ello tanto profesionales como académicos han manifestado sus ideas en contra o a favor de

que el amparo genere efectos *erga omnes* frente a una declaración de inconstitucionalidad.

Desde una posición más ecléctica, se ha propuesto que no es posible otorgar efectos generales a las sentencias que determinen la inconstitucionalidad de una norma general, pues al tenor del principio de la relatividad de las sentencias, implicaría una posible desestabilización de la estructura normativa del Estado,⁷³ pero lo que si se considera congruente es otorgar efectos generales a la jurisprudencia nacida de la continuidad de dichas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la norma en concreto, salvaguardando así la supremacía constitucional.

Con la reforma constitucional en derechos humanos y en materia de amparo del año 2011, surge la declaratoria general de inconstitucionalidad que materializa los postulados de este posicionamiento, abriéndose una etapa más en la historia de la defensa constitucional mexicana y de la depuración del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia juega un papel importante al momento de emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad, sin embargo es necesario precisar que el tipo de jurisprudencia que se emplea para el caso en concreto es una de naturaleza

⁷³ A pesar de que esta base de ideas es la más fuerte en contra de figuras que busquen efectos generales en las sentencias o resoluciones, ninguna deja de ser más que una presunción o un resultado fundado en categorías sospechosas.

valorativa,⁷⁴ que determina la conformidad o no entre dos normas diversas, a efecto de que una se invalide y la otra prevalezca.

Atendiendo al orden jurídico al que pertenece, la jurisprudencia que da origen a la declaratoria general de inconstitucionalidad pertenece al orden constitucional,⁷⁵ aunque cabe aclarar que existe la posibilidad de que en el ejercicio del control difuso de la constitución desde el orden local o federal, se manifieste la inconstitucionalidad de la norma.

1.5.1. Establecimiento y desarrollo de la declaratoria general de inconstitucionalidad en América Latina

Dentro de los sistemas normativos vigentes en los países de América Latina, el sistema de control constitucional que predomina es el americano, que como quedó expuesto anteriormente, desaplica las normas generales en los casos concretos en los cuales se plantea una cuestión de constitucionalidad de efectos entre las partes. Sin embargo, resulta curioso el hecho de que con anterioridad a la creación del modelo austriaco y sus tribunales especializados, en algunos países de la región latinoamericana se comenzó a utilizar la declaratoria general de inconstitucionalidad.

⁷⁴ Atendiendo a su contenido la jurisprudencia puede ser interpretativa, en la cual se definen los alcances de diversa norma; así mismo puede ser integradora, puesto que más allá de interpretar, la integra subsanando los vacíos legales o lagunas que puedan existir; finalmente, puede ser temática al establecer criterios sobre un tema en específico.

⁷⁵ Por cuanto ve al orden jurídico al que pertenece a jurisprudencia, puede ser de carácter constitucional, de orden federal, de orden local o de orden convencional.

Dentro de las conclusiones de los temas tratados en el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en México en el año de 1975, se estableció que *“en la realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos deben superar el principio adoptado por razones históricas de la desaplicación concreta de la ley, para consignar el de la declaración general de inconstitucionalidad tomando en cuenta las particularidades y experiencias de cada régimen jurídico, con el objeto de darle verdadera eficacia práctica”*⁷⁶

En naciones como Colombia y Venezuela, al mismo tiempo se crearon figuras como la ‘acción popular de inconstitucionalidad’ y fueron contempladas dentro de sus constituciones. Estas figuras consisten en el derecho que toda persona tiene para solicitar a la Corte Suprema respectiva, que declare con efectos generales la inconstitucionalidad de las que normas que estén en contra de lo dispuesto por la carta magna.

En Colombia, desde el año 1850 cualquier ciudadano podía solicitar a la Corte Suprema la nulidad de cualquier precepto provincial, para que más adelante -a partir de 1886-, la Corte pudiese pronunciarse teniendo efectos generales sobre las objeciones de inconstitucionalidad de leyes que le fueran presentadas por el ejecutivo. Finalmente, en 1910 es cuando se contempla en la constitución

⁷⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor. *“Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”*, en el libro colectivo del mismo nombre, México, UNAM, 1977, pp. 32-37.

colombiana la 'acción popular de inconstitucionalidad', permitiendo incluso que los extranjeros pudiesen hacer uso de ella.⁷⁷

Por otro lado, en Venezuela también se estableció la 'acción popular de inconstitucionalidad' desde 1858 en su constitución, siendo inicialmente aplicable por cuanto veía a leyes locales, avanzando y evolucionando de forma paulatina hasta llegar a 1893, pues de ahí en adelante dicha acción tuvo aplicabilidad contra leyes nacionales.⁷⁸

Del mismo modo, la declaración general de inconstitucionalidad se contempla en Panamá desde 1941, en el Salvador desde 1950, en Guatemala en 1985, en Nicaragua desde 1987 y así como ellos, Cuba, Argentina y Bolivia por mencionar algunos ejemplos, han contado con esta figura o figuras análogas desde inicios del siglo XX,⁷⁹ teniendo como caso particular el brasileño, en el cual se sigue aplicando el sistema difuso e incidental con efectos particulares.

⁷⁷ GÓMEZ-Pinto, Luis Ricardo, *El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública*, 2011 Universitas, num. 122, pp. 173-176.

⁷⁸ BREWER-Carias, Allan R., *La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional*, Cuestiones Constitucionales vol. 9 no. 2, Santiago, 2011, pp 623- 638 [Disponible online: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-5200201100020001#n7] (Consultado el 7 de junio de 2017 a las 10:54 horas)

⁷⁹ LARA Borges, Oswald, Andrea Gastagnola y Anibal Pérez Liñan, *Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-2009*, Polit. Gob. Vol.19, no. 1, México, ene. 2012 [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372012000100001] (Consultado el 7 de junio de 2017 a las 11:02 horas)

1.5.2. La declaratoria general de inconstitucionalidad en el sistema jurídico mexicano

Aunque pareciera que el control constitucional de efectos generales está fundado en el sistema americano (difuso) que existe desde la instauración de la Constitución de 1824 en México,⁸⁰ lo cierto es que la aplicabilidad práctica de una figura que use el régimen de la declaración general de inconstitucionalidad, comenzó a superar la limitación de su ejercicio hasta las reformas constitucionales de 1995, que como se mencionó anteriormente, fueron el parteaguas del control constitucional local al dar mayor importancia a figuras como la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

Si bien es cierto, el procedimiento de estos mecanismos no es objeto de estudio de este trabajo, también lo es que su sustancia o esencia si lo es, pues resulta importante el vínculo que los relaciona con la declaración general como resultado de la impugnación de las normas generales. Juventino V. Castro⁸¹ señala que *“la ley reglamentaria establece que las sentencias de dichas controversias deben contener la fijación de normas generales o de los actos que constituyen la controversia así como todas las valoraciones de pruebas y argumentos de las partes, así como los alcances del fallo.”*

⁸⁰ Podemos entender la dificultad de la inaplicación práctica de una figura análoga a la Declaratoria General de Inconstitucionalidad partiendo del hecho de que la Constitución de 1824 era una mezcla conceptual entre la Constitución Norteamericana y la Constitución de Cádiz, lo cual resultaba en un control de constitucionalidad de disposiciones generales mixto que no era fácil de entender.

⁸¹ CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 2000, pp. 155-122.

El mismo Juventino Castro señala que aun después de todo el proceso y lo constitucional de esta institución, esta no se encuentra creada para proteger los derechos de una persona que pueda carecer de la debida asistencia jurídica, sino que está dirigida a salvaguardar todo el sistema constitucional en sí mismo.

1.5.3. Naturaleza de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

La declaratoria general de inconstitucionalidad se encuentra prevista en la constitución y se desarrolla en la ley de amparo con la finalidad de dar efectos generales a la jurisprudencia que verse sobre la inconstitucionalidad de las leyes. Se considera a la declaratoria general de inconstitucionalidad como un efecto de la jurisprudencia; es sin lugar a dudas un medio de control abstracto por medio del cual se busca la depuración del ordenamiento jurídico cuando este contiene normas que contrarían a la norma fundante.

El artículo 78 de la ley de amparo dispone que *“cuando el acto reclamado sea una norma general la sentencia deberá determinar si es constitucional, o si debe considerarse inconstitucional”*.⁸² Así se asienta que a través de la jurisprudencia se funda el medio de control constitucional en mención.

Las declaraciones de inconstitucionalidad generalmente tienen efectos relativos, es decir, sus efectos solo comprenderán un margen de aplicación en el cual el gobernado solicitante de dicha declaración es quien puede obtener los beneficios

⁸² Ley de Amparo. Art. 78, *Diario Oficial de la Federación*, Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2 de abril de 2013, última reforma publicada DOF 17-06-2016

que la supresión normativa implica, específicamente para el caso concreto que lo origine.

Aquí es donde se encuentra la esencia de la figura objeto de estudio de este apartado; por medio de la declaratoria general de inconstitucionalidad se pretende “que la irregularidad de las normas generales determinada mediante el juicio de amparo, aproveche a todas las personas y no solo al quejoso”.⁸³ De la necesidad de lo anteriormente planteado por McGregor, es que surge un proceso adicional dado que una sentencia de amparo no basta por sí sola.

Al respecto Francisco Fernández⁸⁴ establece que:

“...existen profundos razonamientos que favorecen la opción en favor de la declaración general de inconstitucionalidad, tanto por razones prácticas, como es la necesidad de resolver en forma relativamente rápida las cuestiones de inconstitucionalidad, como por la conveniencia de tomar en cuenta el principio esencial de la igualdad de los gobernados ante la ley, que resulta notoriamente infringido cuando solo aquellos que cuentan con medios económicos, técnicos y culturales suficientes pueden obtener una sentencia que los proteja, en tanto que un sector, por lo general más amplio y menos favorecido, debe cumplir los mismos preceptos que han sido estimados contrarios a la Ley Suprema”.

Por su parte Héctor Fix Fierro⁸⁵ hace hincapié en los esquemas de publicidad y la cláusula de interpretación al generar una declaratoria de esta naturaleza, cuando

⁸³ FERRER McGregor, Eduardo, *Nuevo juicio de amparo*, Porrúa, México, 2013, p. 215.

⁸⁴ FERNÁNDEZ Segado, Francisco, “Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional”, en DIREITO PÚBLICO N° 12, Abr-May-Jun/2006 – DOCTRINA ESTRANGEIRA, p. 87.

⁸⁵ FIX FIERRO, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Porrúa, 2003, p. 973.

expone que “permite a la Suprema Corte establecer aquella interpretación mediante el cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada, para así garantizar la supremacía constitucional, y simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación de nuestro orden jurídico”.

Por medio de la declaratoria general de inconstitucionalidad se pretende corregir una violación a la constitución, misma que al ser contraria a la norma de orden público por antonomasia, se estima de suma gravedad. Por lo anterior, es que debe comprenderse únicamente que el efecto de una inconstitucionalidad identificada es la nulidad de forma absoluta. No es permisible hablar de nulidades relativas o parciales, puesto que no se está frente una norma de jerarquía inferior cuyo campo de impacto se acota a un plano específico. No, se trata de una situación que genera consecuencias permeables o a modo de cascada; esto los vuelve invalídables.

De la misma forma, no es aceptable frente a procesos de esta naturaleza se estipulen plazos cuyo transcurso produzcan la prescripción de la acción encaminada a su operación. Es preciso hacer una valoración sobre los elementos de temporalidad que la legislación contempla para determinar si los mismos no resultan inconstitucionales.

Cuando se habla de los efectos de las declaratorias generales de inconstitucionalidad, se debe entender que a diferencia de otros medios de control

constitucional, como el juicio de amparo donde en ocasiones se genera una obligación a un particular, el estado es el unico llamado a acatar las decisiones jurisdiccionales, y para este caso en específico, el poder legislativo.

Es el legislativo porque se invalida una norma, y este organo de poder público debe quedar imposibilitado de emitir una norma simétrica a la extinta. Por ello que es que se contempla que ante el desacato de la orden judicial, el propio poder judicial está en facultades de eliminar la norma en el proceso de ejecución de sentencia tal y como ocurre en Costa Rica.⁸⁶

1.5.4. Aspectos procedimentales de la declaratoria general de inconstitucionalidad

La declaratoria general de inconstitucionalidad se encuentra prevista a partir de la reforma constitucional de 2011 en el artículo 107 fracción II de la Constitución y a partir del artículo 231 de la Ley de Amparo.

El objetivo de esta figura, como ha quedado expuesto a lo largo del presente trabajo, es dar efectos generales a la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una norma general, es decir, así como la jurisprudencia es una norma, así como las sentencias son norma, la declaratoria general de inconstitucionalidad es una norma, que a diferencia de la sentencia no será individualizada, sino *erga omnes*.

⁸⁶ HERNÁNDEZ Valle, *Op Cit.* p. 68.

Este mecanismo de control constitucional se rige bajo el siguiente procedimiento:

Aviso a la autoridad emisora de la norma inconstitucional: en términos del párrafo segundo de la fracción II del artículo 107 constitucional, del artículo 231 de la ley de amparo, y de conformidad con el acuerdo general 11/2011 del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la corte debe dar aviso a la autoridad de la norma controvertida en cuanto se presente un segundo criterio de inconstitucionalidad que haya surgido de un amparo en revisión sobre la misma.

Desde esta etapa existen cuestiones dignas de observación, puesto que resulta un ejercicio ocioso tener que avisar a la autoridad emisora al darse el segundo criterio, cuando bien se puede dar aviso a la misma una vez que se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma en base a la jurisprudencia.

Solicitud de los plenos de circuito para la declaratoria general de inconstitucionalidad: De conformidad con el artículo 233 de la ley de amparo, los plenos de circuito podrán solicitar que la jurisprudencia en reiteración de los colegiados de su jurisdicción, origine la declaratoria general de inconstitucionalidad a través de una declaratoria general de inconstitucionalidad. De lo anterior se interpreta que la declaratoria general de inconstitucionalidad nunca verá la luz si los plenos de circuito no hacen dicha solicitud.⁸⁷

⁸⁷ Es preciso hacer la observación que desde aquí hay algunas lagunas y contradicciones, puesto que la Ley de Amparo no hace la regulación correspondiente a la facultad de los Tribunales Colegiados de Circuito para poder llevar a cabo dicho mecanismo. Así mismo resulta contradictorio que el mismo artículo 107 de la Constitución en el párrafo tercero de su fracción III establece que

Vale la pena precisar que esto se reafirma convirtiéndose en un problema más grande, cuando la misma ley de amparo es omisa en regular la facultad de los tribunales colegiados de circuito, aun cuando el propio artículo 107 fracción II de la constitución indica que cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma, la Suprema Corte tiene que iniciar el proceso de declaratoria correspondiente. Lo anterior en función del acuerdo general 11/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.⁸⁸

Votación y origen de la jurisprudencia que puede generar la declaratoria:

Para poder emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad, se requiere una votación calificada de 8 votos, tal como sucede con la jurisprudencia que emite la Suprema Corte en pleno.

Es necesario hacer hincapié en que la declaratoria solo puede surgir por la jurisprudencia en reiteración y no por contradicción, situación que resulta una vez más un sinsentido, al no haber diferencia alguna entre la jurisprudencia de una

cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá iniciar el respectivo procedimiento de declaratoria y no establece solo a un órgano que pueda emitir su voluntad o decisión para emprenderla.

⁸⁸ ACUERDO General 11/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal relativo a la determinación del número y límites de los circuitos en que se divide la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito. DOF 12-05-2011

naturaleza u otra, o en su defecto, por no hacer por lo menos la justificación a dicha diferenciación.⁸⁹

Esta etapa y el criterio mencionado encuentran su fundamento en el artículo 233 de la ley de amparo y en el acuerdo general 11/2011⁹⁰ y 14/2013,⁹¹ ambos del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gustavo De Silva Gutiérrez⁹² ejemplifica muy bien esta incongruencia al mencionar que:

“...lo anterior es un lamentable olvido del constituyente, pues si se llega a emitir una jurisprudencia “A” por reiteración que determina que “x” precepto legal es inconstitucional; y diverso órgano judicial emite una jurisprudencia “B”, en la que realizando idéntico análisis considere que el mismo “x” precepto es acorde a la constitución; al ser contrarias dichas jurisprudencias deben entrar al sistema de contradicción. Y si derivado de éste se emite una jurisprudencia “C” por contradicción que determine que el precepto “x” es inconstitucional, resulta ser que el constituyente no permitió que dicha jurisprudencia “C” pueda generar una declaratoria general de inconstitucionalidad; lo cual es absurdo, máxime cuando la jurisprudencia “A”

⁸⁹ Partiendo de esto, los Plenos de Circuito no podrán nunca ser generadores de criterios jurisprudenciales encaminados a la creación de una Declaratoria General de Inconstitucionalidad, puesto que su jurisprudencia es por contradicción.

⁹⁰ ACUERDO General número 11/2011 de cuatro de octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, [Disponible online:http://207.249.17.176/Transparencia/XIV%20Acudos%20GnrIs%20Plenarios%20Juris%20Porm%20Vigentes/AGP_11_2011.pdf] (Consultado el 14 de junio de 2017 a las 19:24 horas)

⁹¹ ACUERDO General 14/2013 de nueve de septiembre de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se levanta el aplazamiento dictado de la resolución de los amparos en revisión en los que se impugna la Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del primero de octubre de dos mil siete, reformada mediante decreto publicado en dicho medio de publicación oficial del siete de diciembre de dos mil nueve, relacionado con el diverso 1/2011 de diecisiete de enero de dos mil once. [Disponible online:[http://207.249.17.176/PLENO/AGPlenarios/Acuerdo%20General%20Plenario%20142013%20\(LLEVANTA%20APLAZAMIENTO%20LIDE%20REFORMA%202009\).pdf](http://207.249.17.176/PLENO/AGPlenarios/Acuerdo%20General%20Plenario%20142013%20(LLEVANTA%20APLAZAMIENTO%20LIDE%20REFORMA%202009).pdf)] (Acceso 14 de junio de 2017)

⁹² DE SILVA Gutiérrez, Gustavo. 2012. *La declaratoria general de inconstitucionalidad*. [Disponible online <http://gustavodesilva.com.mx/wp-content/uploads/2012/04/artdgi.pdf>] (Consultado el 21 octubre de 2016 a las 18:50 horas)

*original que entró en contradicción, por si sola si pudiera haber generado la citada declaratoria”.*⁹³

Este es solo uno de los aspectos que son controvertidos y señalados como candados impuestos para dificultar el acceso a una declaratoria general de inconstitucionalidad; pues por otro lado, a pesar de que en la reforma constitucional se estableció la jurisprudencia por sustitución,⁹⁴ tampoco permitió que esta fuera precedente para la solicitud de una declaratoria general de inconstitucionalidad. Asimismo, del artículo 234 de la ley de amparo se desprende que por mucho que exista una declaratoria de inconstitucionalidad, en ningún caso se podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen. Esto se configura como una paradoja jurisdiccional en la cual la corte no puede subsanar o sustituir la jurisprudencia aún y cuando cuente con evidentes motivos de inconstitucionalidad.

Otro aspecto a considerar relacionado con la jurisprudencia que genera declaratorias generales de inconstitucionalidad, es el que emana de las resoluciones de controversias constitucionales. La ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, en su artículo 43 dota de carácter jurisprudencial a las razones vertidas en los considerandos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos; carácter que se determina al generar la aprobación de un texto específico que se vuelve obligatorio para los tribunales que

⁹³ *Ídem*, [Disponible online <http://gustavodesilva.com.mx/wp-content/uploads/2012/04/artdgi.pdf>] (Consultado el 21 octubre de 2016 a las 19:05 horas)

⁹⁴ Ley de Amparo. Art. 230, *Diario Oficial de la Federación*, Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2 de abril de 2013, última reforma publicada DOF 17-06-2016

jurisdiccionalmente, son jerárquicamente inferiores. Además de lo anterior, la misma corte lo ha determinado a través de sus tesis.⁹⁵

Las controversias constitucionales pueden generar sentencias con características de observancia general siempre que se obtenga la votación en dicho sentido de 8 ministros, por lo tanto la declaratoria general de inconstitucionalidad quedará sin materia, al haber sido declarado inconstitucional el fondo de la controversia con anterioridad. Por otro lado, al no alcanzarse los votos necesarios, tampoco sería susceptible de emitirse la declaratoria correspondiente. La jurisprudencia en materia de amparo por reiteración puede generar la declaratoria general de inconstitucionalidad, pero por contradicción o por sustitución no; de la misma forma no se contempla que la jurisprudencia derivada de las controversias constitucionales pueda generarla. Estos son los cuestionamientos actuales que se plantean en ámbito de la generación de la jurisprudencia adecuada para proseguir con el procedimiento correspondiente de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Facultad potestativa de la Corte: Este aspecto resulta interesante, pues se pudiese pensar que una vez que existe una jurisprudencia por reiteración en materia de inconstitucionalidad, de forma automática se estaría en la antesala de

⁹⁵ Tesis Jurisprudencial, 1a./J 2/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t.XIX, marzo 2004, p. 104, registro 181938. Rubro: JURISPRUDENCIA. TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SON OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

la creación de una declaratoria general de inconstitucionalidad, pero la realidad es otra. Es necesario contar con ocho votos pues de lo contrario se desestimarán.

En este sentido, Gustavo de Silva Ramírez⁹⁶ hace la siguiente pregunta: “¿qué pasa si al analizar una jurisprudencia proveniente de un Tribunal Colegiado, no solo no alcanza la votación calificada, sino que incluso queda en mayoría en contra?”. El Pleno podría considerar que la calificación de inconstitucionalidad de los Tribunales Colegiados es incorrecta aún y cuando estos últimos la estimen totalmente como tal.

Este es un escenario en el que el Pleno puede desestimar por completo la inconstitucionalidad alegada por el Colegiado, sin embargo la ley secundaria no prevé estos casos para indicarlo de forma expresa.⁹⁷

Finalmente, se podría pensar que superando todos los cuestionamientos anteriores, el único escenario en el que es factible que la declaratoria general avance, es en donde la propia Corte sea el órgano que emita la jurisprudencia; sin embargo, también esto resulta poco factible. Lo anterior en razón de que puede suceder que no se alcancen los ocho votos necesarios para declarar la jurisprudencia con efectos generales.

⁹⁶ DE SILVA Gutiérrez, *Op. Cit.*, [Disponible online <http://gustavodesilva.com.mx/wp-content/uploads/2012/04/artdgi.pdf> [Acceso 21 octubre 2016]

⁹⁷ Es importante mencionar que incluso el hecho de que el procedimiento de declaratoria sea iniciado por la propia Corte tampoco garantiza que este se culmine, puesto que puede darse el hecho de que los 8 votos no se cuenten a favor de ello, provocando que la jurisprudencia se mantenga, pero no que no haya una declaratoria de efectos erga omnes.

En pocas palabras, se podrá declarar por jurisprudencia que determinada norma es inconstitucional, pero en razón de la cantidad de votos, también cabe la posibilidad de determinar que esta no tiene efectos *erga omnes*.

Así de complicado es el camino.

Posibilidad de corrección: La constitución establece que cuando se determine que concurren elementos suficientes para llevar a cabo la declaratoria general de inconstitucionalidad, la Corte dará un plazo de noventa días a la autoridad emisora para que subsane los aspectos inconstitucionales de su norma, previo a que sea declarada nula de forma general. La ley de amparo establece que cuando el órgano emisor sea el Congreso Federal o un congreso local, los noventa días se computaran dentro de los días útiles de sus periodos ordinarios de sesiones.

Esto contraría a la misma constitución al no tener un apartado que abra la puerta a la discrecionalidad en la aplicación de sus preceptos para determinados órganos. Y es que lo dispuesto por la ley de amparo no hace otra cosa que volver aún más lento el procedimiento, violentando principios de economía procesal y el derecho de los gobernados a justicia pronta y efectiva.

A partir del conocimiento general de este medio de control constitucional, se entiende en mayor medida el verdadero papel que representa en la protección de los derechos contenidos en la norma fundamental y en las convenciones internacionales.

Son claros los retos que enfrenta no solo por el hecho de tener que superar los postulados de la tradicional y arcaica pero vigente fórmula Otero, mediante la cual una ley que sea declarada inconstitucional solo lo será para quien haya promovido el amparo ante la justicia federal, siendo este quejoso el único beneficiado de la exención en su aplicación, aun cuando existan más individuos dentro del mismo supuesto⁹⁸.

Sin embargo, la apertura de los juristas ha ido creciendo para su aceptación, toda vez que a lo largo del continente americano, figuras análogas a la mexicana han sido adoptadas, superando por completo las concepciones tradicionalistas que impiden el correcto funcionamiento a partir de la división de poderes.

Ya se trató sobre la serie de retos a afrontar por parte de la declaratoria general de inconstitucionalidad, por ello es que en el siguiente tema se abordará el que para efectos del presente trabajo se consolida como el mayor: la falta de operatividad o la inaplicabilidad de este medio de defensa en materia tributaria.

⁹⁸ Hay que remitirse a la redacción original del artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 donde se introdujo este principio que por mucho tiempo restringió el siquiera contemplar en un proyecto legislativo la instauración de una figura como la declaratoria general de inconstitucionalidad, impidiendo que diversos individuos se vieran beneficiados de los efectos de suprimir en su aplicación una norma contraria a la Constitución. Véase el *Acta constitutiva y de reformas sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos del 18 de mayo de 1847*, art. 25 [Disponible online: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1847.pdf>] (Consultado el 15 de junio de 2017 a las 12:43 horas)

1.5.5. Inaplicabilidad en materia tributaria

El artículo 107 de la constitución, en el párrafo segundo de la fracción II, establece que la declaratoria general de inconstitucionalidad no opera contra normas de materia tributaria.

La declaratoria general de inconstitucionalidad por si sola ya es merecedora de un profundo estudio y de un sinfín de críticas respecto a su implementación práctica, por cuanto ve a las diferentes materias a las que pueda constreñirse. A pesar de lo anterior, los fallos –o falta de voluntad- en su estructuración, quedan totalmente evidenciados al momento que se pretende aterrizar esta figura en el plano de lo fiscal.

El artículo 107 Constitucional es claro, y al interpretarse se obtiene que la Suprema Corte ha quedado -a partir de la Constitución- explícitamente impedida para declarar con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad de una norma de dicha naturaleza. Más preocupante resulta el hecho de que no pueda ni siquiera hacerle sabedor de la inconstitucionalidad de la norma al órgano u órganos emisores de dicha norma “*incluso después de que cien, que mil ejecutorias han repetido la [...] inconstitucionalidad de la ley*”, como bien lo asienta Ignacio Vallarta⁹⁹.

⁹⁹ VALLARTA, Ignacio, *El juicio de amparo y el writ of Habeas Corpus*, México, Francisco Díaz de León, 1881, p. 319.

Por medio del Acuerdo 11/2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció el procedimiento para desarrollar este mecanismo de control constitucional, y del mismo documento se desprende que en caso de que exista alguna duda sobre la naturaleza tributaria de la norma general que pretenda tildarse de inconstitucional derivado de la jurisprudencia, el ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo consultará con el Tribunal Pleno en sesión privada.

¿Qué sentido tendría determinar la naturaleza tributaria de una norma general con precedente jurisprudencial de inconstitucionalidad si no trascenderá al ámbito de la generación de efectos generales en favor de los gobernados?

La excepción existe y no se desprende una verdadera y sólida argumentación para su estadía de la exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto, por el que se expide la ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁰⁰: *“La declaración general de inconstitucional se constituye como uno de los elementos torales de la iniciativa que se presenta. Su relevancia estriba en que habrá de*

¹⁰⁰ INICIATIVA con proyecto de decreto por el que se expide la ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la ley orgánica del poder judicial de la Federación, ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ley orgánica de la administración pública federal, ley orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y ley orgánica de la Procuraduría General de la República. [Disponible online: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/nocionesrefconstitu/Exposici%C3%B3n%20de%20motivos%20proyecto%20de%20nueva%20Ley%20de%20Amparo.pdf>] (Consultado el 15 de junio de 2017)

reformar no sólo el juicio de amparo sino la interpretación misma del conjunto de ordenamientos que conforman nuestro orden jurídico.

Considero que la declaratoria general de no reforma al juicio de amparo, pues su existencia no se justifica en el hecho de modificar aspectos procedimentales, mucho menos de fondo; el papel que juega el juicio de amparo dentro de la figura que ocupa este estudio es el de un detonador, detonador que habrá de encender la alta maquinaria jurisdiccional.

“Uno de los principios fundamentales sobre los cuales se encuentra construido el juicio de amparo en México es el de relatividad de las sentencias de amparo. De conformidad con este principio, la sentencia que otorga el amparo se limita a amparar al quejoso en contra del acto específico que motivó la queja sin hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad del acto reclamado. Sin embargo, es importante destacar que el hecho que las sentencias de amparo tengan efectos particulares no significa que puedan ser desconocidas por autoridades que no fueron parte en el juicio de amparo. Por el contrario, las resoluciones que otorgan el amparo al quejoso deben ser respetadas por todas las autoridades, estando obligadas a llevar a cabo todos los actos tendentes a su ejecución y que estén relacionados con el ámbito de sus atribuciones”.¹⁰¹

Este apartado del decreto se constituye como un reconocimiento histórico del papel que ha desempeñado el principio de relatividad de las sentencias; al mismo tiempo hace una alusión a la obligación impuesta desde el artículo primero constitucional, consistente en el deber de todas las autoridades a ejecutar las acciones que sean necesarias en el camino a la protección de los derechos humanos. Si existe la obligación de respetarlos y protegerlos a nivel general,

¹⁰¹ *Ídem.*

igualmente están constreñidas a hacerlo al decretarse la violación particular a los derechos fundamentales de un quejoso.

“Sobre el principio de relatividad de las sentencias de amparo, en tratándose de normas generales declaradas inconstitucionales, se considera que sus consecuencias que son inadmisibles en un Estado democrático y de derecho. En un primer término, la relatividad de las sentencias de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional. Por otro lado, se afecta la regularidad del orden jurídico mexicano, toda vez que tenemos casos de normas generales irregulares así determinadas por el órgano de control que no obstante, siguen formando parte del sistema jurídico.

A mayor abundamiento debe decirse que vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías, además del principio de economía procesal, pues se llega al absurdo de tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que han sido declaradas inconstitucionales un sinnúmero de veces. Esto supone una carga añadida para el Poder Judicial Federal que va en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia. En un país con serias desigualdades económicas y sociales es una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, solo porque no promovieron un juicio de amparo, a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales.”¹⁰²

La propia exposición de motivos de la iniciativa de decreto reconoce que dentro de un estado que pretenda ser democrático, resulta inadmisibles la permanencia de los efectos de un principio rebasado como lo es aquel de la relatividad de las sentencias. Tal como lo he expuesto con anterioridad, se atenta también contra la supremacía constitucional al intentar mantener vigente una norma que ha sido calificada de inconstitucional por el tribunal correspondiente. Se debe poner especial atención en este punto, porque no es la gente quien lo determina, la

¹⁰² *Íd.*

inconstitucionalidad no es una razón legislativa fundada en el clamor popular de las masas, la inconstitucionalidad solo es producto de una determinación judicial que deviene un proceso técnico, jurídico e interpretativo que los tribunales especializados realizan al margen de los principios contenidos en la norma constitucional y lo dispuesto en las convenciones internacionales.

“El procedimiento de declaratoria previsto en el TÍTULO CUARTO, Capítulo VI, de acuerdo a lo previsto en la norma constitucional, prevé que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los juicios de amparo indirecto en revisión de que conozca, resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, debe informar a la autoridad emisora de la norma, únicamente para su conocimiento.

Posteriormente cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración por mayoría calificada de ocho votos, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora de la norma. Si transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Corte emitirá, siempre que sea aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad.”¹⁰³

Se desarrolla parte del procedimiento que se lleva a cabo en el desarrollo de una declaratoria general de inconstitucionalidad tal como se explicó en el apartado correspondiente de este trabajo.

“Cabe precisar que este procedimiento de declaratoria no aplicará a las normas generales en materia tributaria.

Si bien es cierto que a nuestro Máximo Tribunal se le confiere tan importante atribución, también lo es que sólo se actualiza ante el establecimiento reiterado de un criterio jurisprudencial, siendo además que tal declaratoria no

¹⁰³ *Íd.*

*procede en forma automática sino respetando las condiciones y plazos antes referidos, permitiendo que sea el propio órgano emisor de la norma quien reforme o modifique la norma declarada inconstitucional y no siendo así, la Suprema Corte de Justicia sea quien emita la declaratoria general de inconstitucionalidad, aprobada por una mayoría calificada, lo que pretende preservar con ello, el pleno respeto y equilibrio entre los Poderes de la Unión”.*¹⁰⁴

Un enunciado bastó para intentar dar respaldo a la decisión de no extender de forma general los efectos de una declaratoria general de inconstitucionalidad respecto de una norma de naturaleza tributaria. A pesar de que el impacto en las finanzas públicas se mencionó en el trabajo de las Comisiones Unidas del Senado,¹⁰⁵ poco importó que en líneas anteriores se hablara de lo contrario que resulta al principio de supremacía constitucional el hecho de mantener vigente en la estructura normativa, una disposición que independientemente de su esencia, contiene elementos que atentan contra los principios contenidos en los derechos fundamentales.

Más que un sinsentido, se vuelve una contradicción a todas luces evidente la argumentación que sostiene a esta institución procesal constitucional y por consecuencia, se vuelve incongruente el sistema jurídico en materia procesal

¹⁰⁴ *Íd.*

¹⁰⁵ “Este procedimiento de declaratoria no aplicará a las normas generales en materia tributaria. La razón de esto último obedece a la especial importancia que guarda dicha materia en las finanzas públicas y el posible impacto negativo en las mismas en caso de establecer una declaratoria con efectos generales.” Fuente: DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2011, [Disponible Online: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/110_DOF_06jun11.pdf] (Consultado el 9 de junio de 2017 a las 18:12 horas)

constitucional en México, así como se pone en tela de juicio su constitucionalidad y convencionalidad.

A pesar de lo anterior, se puede intentar hacer un análisis más profundo con la escueta justificación de la autoridad reformadora. Asumiendo la preocupación por las finanzas públicas que manifiestan, se entiende esta excepción como un candado que mantiene la estabilidad de la actividad recaudatoria del estado, en función de que muchos de los amparos que se promueven contra leyes son de naturaleza fiscal. A esto se suma el hecho de que al hacer una revisión superficial al universo de normas de carácter tributario, se encuentran bastantes que tienen características inconstitucionales que pueden ser combatidas a través de la vía del amparo. Asimismo, es una realidad que el acceso a la justicia en México a través del amparo por parte de la mayoría de los gobernados, no atiende ni por cerca las expectativas que se quisieran, ya sea en función del desconocimiento o por el costo económico que implica, ponderando así el constituyente permanente las obligaciones del contribuyente sobre sus derechos.

A partir de ello se entiende que tomando en cuenta las situaciones expuestas anteriormente, el legislador, a sabiendas de la poca actividad que el ciudadano común despliega en demandas de amparo, pero consciente de que las grandes empresas pueden emprender múltiples acciones en la materia por diversos actos, decidió cerrar la puerta sin considerar los efectos colaterales a nivel jurídico y constitucional que acarrea esto.

1.5.6. Consideraciones.

Una vez que ha quedado expuesta la institución de la declaratoria general de inconstitucionalidad, se debe tomar en cuenta que a pesar de sí ser un medio de control constitucional, este tiene la naturaleza de ser realizado a través de un control abstracto, al devenir de jurisprudencias encaminadas a su discusión por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de forma muy similar a la acción de inconstitucionalidad.

Por lo tanto es un medio autónomo porque la conformación de la jurisprudencia relacionada con la norma general en específico no basta para que en automático se proceda a la emisión de la declaratoria correspondiente; es necesario el filtro del Pleno de la Corte;

Entonces la discusión se centra en la pertinencia de la autonomía como característica de este mecanismo de control. Por lo anterior siempre que haya una declaratoria general de inconstitucionalidad, existirá el precedente de jurisprudencia de inconstitucionalidad, pero el que exista jurisprudencia de inconstitucionalidad no necesariamente implica que se emita una declaratoria general de inconstitucionalidad.

2. EL PAPEL DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRIBUTARIA.

Ya expuesta la estructura, antecedentes y alcances de la declaratoria general de inconstitucionalidad, resulta evidente que es una institución cargada de buenas intenciones y necesaria a la luz de la esencia del contenido de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011.

Es necesario su perfeccionamiento y su estudio constante a fin de contar con un mecanismo que cubra correctamente las exigencias de los gobernados frente a la declaración de inconstitucionalidad de alguna norma, independientemente de su naturaleza o de la rama del derecho a la que pertenezca, puesto que el vacío que exhibe frente a las normas de materia tributaria claramente es una desatención y una afrenta por omisión a los principios contenidos en el artículo 1º constitucional y a los postulados propios de la justicia fiscal.

2.1. Desarrollo de nociones ideológicas en la teoría general de la justicia

La consolidación de la declaratoria general de inconstitucionalidad no es espontánea; se vincula necesariamente al esquema propio del sistema jurídico que nace de la constitución. A partir de ello se entiende que en una línea direccional paralela a los elementos que conforman a la carta magna, los mecanismos de control constitucional comprendidos en su contenido, comulgan con los postulados que conforman la esencia de la misma. Por ello es que resulta

necesario comprender a la constitución desde sus principios para poder abordar cada uno de los elementos que la integran.

Las sociedades occidentales contemporáneas han adoptado una serie de convicciones, creencias y dogmas como ejes transversales, para construir las bases que delimitarán el actuar tanto de la población que las integra, como el de los entes de poder o autoridad que velarán por mantener el orden y las condiciones necesarias para alcanzar los fines del estado en específico.

En este sentido, dentro de estos ejes transversales de la ideología que da origen a la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, el de la justicia tiene una presencia vital y el caso del sistema jurídico mexicano no es la excepción.

Por ello es que a través de la noción de justicia constitucional se busca establecer garantías que permitan el ejercicio y respeto total a los derechos humanos, a través de las instituciones que faciliten dicha encomienda en función de parámetros de acción en diferentes sentidos: jurisdiccionales, legislativos, administrativos y todos aquellos por medio de los cuales se brinde seguridad jurídica a la población.

Consecuentemente, resulta necesario abordar el tema de la justicia para su comprensión en función de diferentes ópticas de análisis. Solo teniendo un panorama más amplio respecto de las principales visiones y teorías sobre el tema, se podrá comprender la realidad actual y se podrá desentrañar el esquema de lo

que la excepción fiscal en la declaratoria general de inconstitucionalidad transgrede: la justicia tributaria.

El tema de la justicia no es un tema contemporáneo. A lo largo de la historia ha sido objeto de discusión, desde la antigüedad hasta este final de la segunda década del siglo XXI.

¿Qué es la justicia? ¿Existe la justicia? ¿Qué papel juega en la sociedad y de qué manera se vincula con el derecho? Estos cuestionamientos han dado pauta a que diferentes pensadores y corrientes ideológicas delimiten tanto su naturaleza como sus fines.

En razón de esto, resulta el hecho de que para abordar el tópico que ocupa este apartado, es imprescindible hacerlo desde la filosofía, la moral y la realidad que vive cada uno de los pueblos que la determinan como eje estructural de su existencia.

A través de la ética que direcciona a la justicia no solo se busca realizar un estudio de la moral, sino de la función que tiene en la realidad, dado que muchos de los planteamientos derivan de acontecimientos que han llevado al extremo la noción de la integridad humana en su más amplia concepción.

En este sentido, Norberto Bobbio¹⁰⁶ considera a la justicia como el *problema deontológico del derecho*, toda vez que atiende al espectro teleológico que para algunos se concibe como el derecho correcto, tal como lo expresa Arthur Kaufmann¹⁰⁷ al visualizar a la filosofía del derecho como una “*rama de la filosofía y no propiamente como una de la ciencia jurídica*”, es decir, la filosofía del derecho es la rama de la justicia.

No se puede concebir al derecho fuera del marco de la justicia. La concepción de la justicia siempre va estrechamente relacionada con la gama de creencias, costumbres, tradiciones y estructuras que determinan a una sociedad en específico a través de su trasfondo cultural, mismo que les permitirá interpretar la realidad al margen de la adecuación de los hechos que acontecen con esa imagen mental colectiva, y también individual dependiendo de la posición social que mantengan y del nivel de desarrollo que posean.

Por su parte, para Emilio Martínez¹⁰⁸, las maneras más comunes de concebir a la justicia son tres: “*la primera de ellas es en un sentido ético que se relaciona con las creencias morales que se manifiestan en: una cualidad moral que puede ser referida a distintos sujetos. La segunda atiende a una capacidad humana para juzgar en cada momento lo que es justo y lo que no. La tercera se ajusta a alguna teoría ético-política*”. Desde la visión de Martínez se expande el campo de

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Themis, Colombia, 2002, p. 21.

¹⁰⁷ KAUFFMANN, A., *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, L. Villar & A.M. Montoya trads., Colombia, 2002, p. 39.

¹⁰⁸ MARTINEZ, EMILIO, *Justicia en 10 palabras, clave en ética*, Verbo Divino, Navarra, 1998, pp. 155-156.

comprensión de la justicia, pero a la luz de la actualidad resulta demasiado acotada.

Una visión legalista de la justicia remitirá a pensar que lo justo es aquello que simple y llanamente se apega a la ley o al sistema jurídico en sí. Por otro lado, el mundo institucional vislumbrará a la justicia como el conjunto de instituciones, cuya labor específica es la de administrar la justicia conforme al esquema normativo al cual pertenece. No hay mucha diferencia entre la visión institucional y la legalista. Por ello es preciso realizar un análisis de mucha mayor profundidad respecto de la noción de justicia y cómo se presenta en cada plano.

La justicia entonces puede atravesar por amplios márgenes de interpretación y la historia es prueba de ello al dar cuenta de diversos pensadores, cuya relevancia en el campo de lo jurídico logró sentar bases temporales que sirvieron como ejes de la comprensión de este concepto, para poder estructurar corrientes ideológicas que a la postre delimitaron materialmente sistemas jurídicos enteros.

Es por ello que resulta necesario hacer una breve acotación sobre algunos de ellos y su visión de la justicia, así como su impacto en la cultura jurídica para posteriormente vincularla a su aspecto tributario a partir de los paradigmas que cada línea ideológica creó, entendidos estos tal como Rojas Amandi¹⁰⁹ los concibe

¹⁰⁹ ROJAS Amandi, Víctor, *Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica*, en *La filosofía del Derecho Hoy* (Coord. Juan Federico Arriola Cantero y Víctor Rojas Amandi), Porrúa, México, 2016, p. 3.

al expresar que “*son un conjunto generalizaciones simbólicas, compromisos compartidos de creencias en modelos concretos*”.

Immanuel Kant

Para entender la construcción del derecho como un concepto que se encuentra aparejado al de la justicia, es necesario comprender que encuentra su base en el contenido de las teorías del conocimiento y los paradigmas que conforman a la epistemología. Esto provocará que se haga un recorrido que inicia con la base ontológica-metafísica sobre la que autores como Platón y Aristóteles fundaban al conocimiento mismo.¹¹⁰

Más adelante, durante el siglo XIII, como impulsor de este paradigma ontológico y metafísico, se encuentra Santo Tomás de Aquino al establecer un modelo de derecho de naturaleza teológico que demarca las bases de la ley natural en una ‘Ley Eterna’, misma que deriva del carácter primero y perfecto de Dios y se vincula con la fragmentación de la doble naturaleza de la realidad: aquella suprasensible y perfecta y la otra sensible e imperfecta. Dicha ‘Ley Eterna’ con sus principios, al ser considerada como una razón superior que rige a todas las cosas, se convierte entonces en la causa por la cual las cosas guardan orden en atención a un fin superior, entendido este como el bien común.¹¹¹

¹¹⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, X, 7, 1064°, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, p. 464.

¹¹¹ DE AQUINO, Tomás, *Suma Teológica*, Tomo VI (trad. Francisco Barbado Viejo) Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1961, p. 52.

Resulta necesario hacer un pequeño preámbulo consistente en el desarrollo de las nociones epistemológicas en el transcurso de la historia para poder llegar a Kant. Esto por el hecho de que Kant resulta más fácil de comprender, cuando se entiende como resultado de varios años previos de intentos de explicar el conocimiento tanto científico como jurídico.

Al superarse el paradigma del conocimiento de connotación metafísica, se llega a una nueva etapa de la mano con el empirismo de Descartes; aquel que contemplaba una situación de separación entre el sujeto y el objeto del conocimiento, con base en el llamado racionalismo que atribuye propiedades cuantitativas al objeto y al sujeto le otorga naturaleza cualitativa.¹¹²

A manera de oposición, frente a las ideas metafísicas y ontológicas que en términos de la 'Suma Teológica' establecen la esencia del derecho en un plano atemporal y fuera del espacio material, el pensador alemán comenzó a establecer el paradigma jurídico y sus principios desde la misma razón del individuo; razón que desde luego se encuentra teñida de un tono moral.

Es la moral entonces la base del derecho. Para Alejandro Vigo¹¹³ "*Kant asume que ambos, derecho y ética, pertenecen a la esfera de la moralidad*", sin embargo no se debe asumir que desde la formación kantiana se determina que la totalidad de

¹¹² ROJAS Amandi, *Op. Cit.*, p. 11.

¹¹³ VIGO, Alejandro G., *Ética y derecho según Kant*, Tópicos, No. 41, México, 2011, [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-66492011000200004] (Consultado el 25 de julio de 2017 a las 14:25 hrs)

las normas jurídicas para casos particulares son resultado directo de principios morales. Esto en función de que el mismo Kant reconoció que si bien la norma positiva no devenía de la moral directa, esta cuando se forma, lo hace para integrarse a una red en la estructura normativa cuya naturaleza si se encuentra inmersa en un plano de moralidad y principios de orden básico, de tal manera que es imposible concebir la existencia de una norma jurídica que colisione con estos principios, y de reconocerse alguna, la misma debe excluirse del aparato normativo.

Una vez explicada la importancia de la moral para asimilación del sistema kantiano de derecho, resulta natural preguntarse ¿cuál es la noción de moral para Kant? En total concordancia con lo explicado por Rojas Amandi,¹¹⁴ su idea de moral descansa en el principio de la libertad.

Por su parte, para Kant la libertad es un principio intrínseco a la naturaleza humana, y de hecho sirve como agente regulador de la razón, pues la libertad es un presupuesto de la voluntad al permitir que esta se pueda auto determinar sin que medie presión o factor alguno que limite el arbitrio de la persona.¹¹⁵

El imperativo categórico se configura como una manera en la cual se relaciona la voluntad con la ley objetiva de la razón fundada en máximas de carácter deontológico. Para explicarlo de manera sencilla, debe considerarse al imperativo

¹¹⁴ ROJAS Amandi, *Op. Cit.*, p. 11.

¹¹⁵ KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Reclam, Stuttgart, 1990, p. 62.

categorico como la expresi3n de una regla, regla que por s3 misma ya exige una conducta de comportamiento al estar sustentada en una esencia racional, que le dota el car3cter de 'buena' al no contravenir al principio de libertad, por tanto es susceptible de ser considerada de car3cter universal.

El imperativo categorico resulta importante, puesto que para Kant es la base de todas las normas de car3cter moral; al ser estas normas producto de un ejercicio de libertad y arbitrio que permite la auto legislaci3n o la autonom3a de la voluntad, y que adem3s atienden a la m3xima del autor de actuar siempre teniendo a la naturaleza humana como un fin en s3 mismo y no como un medio, se procura la protecci3n de principios de la vida por medio de una ley de naturaleza universal.

Para Kant, ni los datos emp3ricos ni la dogm3tica por s3 sola bastan como fundamento 3nico a la normatividad. Esta normatividad se estructura a partir de una construcci3n de la raz3n pura y pr3ctica que representa todos los posibles contenidos de la moral, revistiendo una naturaleza universal que brinde la objetividad que la raz3n subjetiva no brinda.

Esta raz3n pura pr3ctica, se configura como un imperativo categorico que genera el principio regulatorio de todo deber moral: un paradigma.

Las personas aut3nomas, por medio de su formaci3n determinan los contenidos morales de la norma moral, convirti3ndose en una clase de auto legisladores para

dar paso a la concepción de la dignidad de la persona, que a la postre lo concebirán como un fin en sí mismo y no como un medio tal como se ha expuesto.

Es entonces que la justicia se contempla como una garantía del mantenimiento de dicha condición frente al imperio del estado. Es decir, la justicia se constriñe de inicio más a la razón y al imperativo categórico que a la misma ley positiva.

Es preciso notar que dentro del pensamiento de Kant relacionado con la ley moral y la justicia, no quedan satisfechos diversos cuestionamientos relativos a la práctica ambivalente de aplicación de la norma. Se deriva de los postulados kantianos, que el cumplimiento a las exigencias de carácter moral contenidas en la normatividad, tiene como efecto la recompensa de la felicidad que brinda sujetarse al orden armónico; por otro lado, no cumplir con dichas normas implica el merecimiento de un castigo que en ningún sentido, al menos sano, puede entenderse como catalizador de la felicidad. En otras palabras el cumplimiento de la norma tiene carácter moral, sin embargo la aplicación de un castigo no atiende a la moralidad, pues excluye de un estado de felicidad a quien lo dirige.

Partiendo de lo expuesto anteriormente, es procedente establecer que desde la visión de Immanuel Kant, no necesariamente la justicia está vinculada con el aspecto moral, pues se vuelve un tanto incongruente su manera de interpretarla, al diferenciarla de cuando se actúa de conformidad a la norma a cuando se aplica un castigo a quien no cumple con la ley; es decir, la justicia no siempre es generadora de un estado de felicidad o recompensa, y por tanto, en determinados aspectos la

justicia no tiene una esencia moral al implicar en muchas ocasiones una coacción de carácter exterior.

Arthur Schopenhauer

Este autor procedente del extinto reino de Prusia, realizó una teoría de la justicia, el derecho y el estado, tomando elementos kantianos que constriñen a la moral al concepto. Sin embargo, tuvo como directriz un elemento un tanto diferente en el cual fundar su posicionamiento: la voluntad.

Señala que la voluntad se encuentra en cada acto o realización humana, de hecho toma partido o juega un papel en dos momentos: el primero al permanecer en el interior y ser la raíz del actuar humano, con el principal fin de hacer prevalecer la existencia de cada uno como individuo; el segundo plano a considerar se encuentra en la exteriorización de la misma, al chocar contra otras voluntades en un mismo plano de existencia.

Según Schopenhauer, el resultado de esta confrontación de voluntades, sumada a la necesidad primigenia de sobrevivir, da cauce a lo que se conoce como egoísmo, mismo que al configurarse como una vicisitud, crea una paradoja en el individuo, pues siempre buscará hacer permanecer su existencia por sobre las demás, justificando así el hecho de que el ser humano cometa actos que pueden ser calificados de atroces, siempre en aras de su propia existencia: *“No sólo se muestra cómo cada uno intenta arrebatar al otro lo que quiere tener, sino que*

*incluso con frecuencia uno destruye toda la felicidad o la vida del otro para incrementar su propio bienestar de forma insignificante. Ésa es la máxima expresión del egoísmo, cuyos fenómenos a este respecto son sólo superados por los de la verdadera maldad, que busca desinteresadamente el perjuicio y el dolor ajenos sin ningún provecho propio”.*¹¹⁶

El autor considera que no es que la voluntad deba tener un calificativo de malo, sino que el ejercicio excesivo y desproporcionado de esta, trae consigo el surgimiento de egoísmo que implícitamente desconoce o niega la existencia de una voluntad ajena en otro ser humano, provocando que se rompa el postulado kantiano que exige reconocer a la humanidad como un fin en sí mismo y no como un medio. De esta forma es que surge la injusticia.

La injusticia puede ser medida en función del grado de afectación que provoca, siendo para Schopenhauer el de mayor impacto el canibalismo, pues en términos de Sergio Hernán Infante,¹¹⁷ es lo que representa la mayor contradicción posible de la voluntad consigo misma. Ocupando el segundo lugar en los niveles injusticia, se encuentra el homicidio, en tercero las lesiones dolosas, en cuarto la esclavitud y finalmente en un quinto nivel los atentados contra la propiedad.

¹¹⁶ SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación*, Mestas, Madrid, 2007, p. 335.

¹¹⁷INFANTE GARCÍA, Sergio Hernán, *La teoría de la justicia en el pensamiento de Arthur Schopenhauer : establecimiento y evolución del derecho positivo como afirmación de la voluntad*, 2012 (Disponible online en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113809/de-infante_s.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [Consultado el 31 de julio de 2017 a las 14:01 horas]

Schopenhauer consideró que la injusticia es una situación de origen natural, producto del egoísmo que radica en el exceso despliegue de la voluntad humana, por lo tanto, hablar de justicia implica dotar de un aspecto negativo al concepto primario (injusticia). De esta forma es que las normas estatales y las instituciones públicas no buscan incentivar a la justicia, sino establecer mecanismos de acción tendientes a aminorar los posibles escenarios de injusticia y corregir aquellos en donde ya se encuentre presente.

Al referirse al derecho de propiedad como objeto de posibles injusticias, Schopenhauer deja claro que estas se configuran al realizarse el menoscabo de todas aquellas pertenencias legítimamente adquiridas en total transgresión y contradicción a la voluntad de alguien más, sin ninguna clase de justificación moral y en empleo de la fuerza y el dolo como principales elementos:

“Cuando a través de un esfuerzo ajeno, por pequeño que sea, una cosa es elaborada, mejorada, protegida frente a los accidentes o conservada, aunque ese esfuerzo consistiera simplemente en recoger o levantar del suelo una fruta silvestre, está claro que el que arrebató tal cosa quita al otro el resultado de las fuerzas empleadas en ella; hace así que sea el cuerpo del otro en lugar del suyo el que sirva a su voluntad, y afirma su propia voluntad más allá de su fenómeno, hasta llegar a la negación del ajeno: es decir, comete injusticia”.¹¹⁸

Una vez que se conoce la esencia del pensamiento del autor prusiano, resulta natural comprender que el derecho, con su sistema de normas y sus objetivos, es

¹¹⁸ SCHOPENHAUER, Arthur, *Op. Cit.*, p. 338.

una construcción social con fundamentos morales que existe como un modo de negación de la injusticia. Es el derecho una herramienta tal, que se encuentra legítimamente facultada para emplear la fuerza para corregir una situación injusta; de esta forma se refuerza el vínculo existente entre derecho y moral. El estado a través de sus acciones legislativas, creará las leyes que una vez positivizadas, se dirigen a extinguir el padecimiento de la injusticia que sus habitantes sufren o pueden llegar a sufrir.

Hans Kelsen

A pesar de comenzar a construir su teoría con base en la intención de Kant de establecer conceptos puros de forma previa, Kelsen determinó que las nociones *a priori* para conceptualizar la esencia del derecho, debían ser de naturaleza estrictamente jurídica; es decir, los cimientos de la teoría kelseniana se forjan en la formalidad de la norma jurídica, criticando y desentendiendo la postura kantiana de incluir aspectos sociológicos, políticos y sobre todo morales.¹¹⁹

En este sentido, Kelsen no pierde vista que la norma jurídica pertenece a un entramado de la misma naturaleza, en el cual se vuelve interdependiente de otras normas y que en empleo de la lógica, permite que de una se deduzcan otras sin que exista espacio para otros conceptos fuera de la juridicidad, pero atendiendo a

¹¹⁹ ROJAS Amandi, *Op Cit*, p. 20.

que todos ellos surgen de una “*norma fundante básica*”¹²⁰ que legitima la existencia de la totalidad.

El origen y la finalidad del derecho desmerecen atención, al no ser cuestiones que impidan la existencia del derecho. Esto debido a que para Kelsen, Kant no hizo la necesaria distinción entre el ser y el deber ser, sino por el contrario los contextualizó en un mismo plano, siendo que en realidad al encontrarse al deber ser como algo que debe ocurrir, los juicios emitidos de ello, adquieren carácter normativo y por tanto son el derecho mismo.

Para Kelsen, la justicia misma como un origen o un fin, es una de las interrogantes con calidad de permanente que tiene la humanidad y cuya respuesta debería resignarse a jamás encontrar. Al entenderse a la justicia como un concepto perteneciente al contexto axiológico, es imposible emitir un juicio demostrativo a partir de un ejercicio racional.

Por consiguiente, Kelsen busca replantear el cuestionamiento sobre qué es la justicia, de tal forma que la pregunta encuentre una respuesta que atienda a la solución de conflictos de intereses, entendidos por él mismo como una percepción subjetiva de valores.

¹²⁰ KELSEN, Hans, *Rechtswissenschaft un logik*, en: *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, 1996, p. 548.

Estos valores subjetivos pueden ser entendidos como propios de un individuo o de una colectividad. Sin embargo, al ser subjetivos están cargados de emotividad o relatividad, por tanto no hay cabida para la racionalidad frente al conflicto que pueda surgir entre dos o más percepciones subjetivas.¹²¹

Si no existe racionalidad en la solución de conflictos no puede haber objetividad en las determinaciones que les den fin ni se puede llegar a una solución absoluta.

Kelsen explica entonces a la justicia como un conjunto de valores morales, que nacen de la percepción subjetiva que de la individualidad trasciende a la colectividad que representa la sociedad. A pesar de que la colectividad pueda ser muy grande, esta noción de valores no dejará de ser subjetiva y particularizada.

Por ello, Kelsen propone un esquema de visión subjetiva y una objetiva de la justicia. Al referirse al sentido subjetivo, atiende al hecho de lo que cada individuo busca, equiparando a la justicia con el concepto de felicidad. Partiendo de ello, la búsqueda de la justicia, y por ende de la felicidad, es algo prácticamente imposible en función de que esta no puede ser universal, partiendo de ejemplos tan sencillos como el hecho de que la satisfacción o la felicidad de una persona, frecuentemente implica la insatisfacción de otra.¹²² Por ello, es que pretende que

¹²¹KELSEN HANS, *¿Qué es la justicia?*, 2016 [Disponible online: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44074.pdf>] (Consultado el 25 de julio de 2017 a las 23:30 horas)

¹²²*Ídem.*

esta sea entendida desde un sentido objetivo, en el cual deja de lado al individuo para ocuparse de la colectividad.

Por lo anterior, es necesario que la sociedad tenga como objetivo colectivo a la justicia, teniendo como fundamento valores, necesidades y anhelos grupales. Mientras estos se vean satisfechos, la justicia se encontrará más cerca. A pesar de ello, y aun cuando se acercaran de forma milimétrica, la justicia jamás podrá alcanzar un carácter universal o absoluto.

La libertad en su estado más esencial, como valor de naturaleza individual y sin posibilidad de coacción, no es propia de un sistema jurídico fundado en normas jurídicas; esta se perfecciona cuando se convierte en democracia. Lo mismo ocurre con la felicidad, pues se perfecciona a través de la justicia cuando se traduce en un principio que pretende proteger los intereses de la colectividad, una vez que la misma colectividad los ha reconocido como necesarios, exigibles y dignos de dicha protección.

Chaïm Perelman

Perelman pretende construir un concepto de justicia a partir de las nociones que con el transcurso de tiempo se han diseñado. Dichas nociones procuran comprender a la justicia desde diversos enfoques: *“1) a cada quien la misma cosa; 2) a cada quien según sus méritos; 3) a cada quien según sus obras; 4) a cada*

*quien según sus necesidades; 5) a cada quien según su rango; 6) a cada quien según lo que la ley le atribuye”.*¹²³

¿Dónde está el común denominador de las distintas nociones? Perelman comienza la búsqueda de encontrar un elemento conceptual compartido para dar dicha respuesta, y la localiza en la misma norma jurídica que establece un supuesto sobre el cuál se asigna un determinado tratamiento a las personas; esto deriva en una concepción de justicia formal, particular y concreta.¹²⁴

Perelman¹²⁵ asume que la justicia descansa en la idea de la igualdad y es por ello que la define como “*un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera*”. Tanto la naturaleza de dicha esencia, como la idea de cómo deben ser tratados, es una cuestión que deberá resolverse por medio de la justicia concreta, entendida esta como una percepción de carácter axiológico que funda el total del sistema normativo y que se construye a partir del proceso histórico y social; esta justicia concreta rebasa fronteras de tiempo y espacio, por lo tanto puede ser empleada en diferentes sistemas jurídicos.

¹²³CARBONELL Bellolio Flavia, *La regla de justicia de Perelman y las teorías de la argumentación jurídica*, [Disponible en : http://www.academia.edu/8165907/La_regla_de_justicia_de_Perelman_y_las_teor%C3%ADas_de_la_argumentaci%C3%B3n_jur%C3%ADdica] (Consultado el 31 de julio de 2017 a las 21:07 horas)

¹²⁴ PERELMAN, Chaïm, *De la justicia*, Universidad Autónoma de México, México 1964, p. 28.

¹²⁵ *Ídem*.

Como se mencionó, la justicia concreta pertenece a un plano como resultado de la construcción de juicios de valor, no producto de un ejercicio racional; es decir, la justicia concreta es arbitraria. Perelman jamás deja de reconocer que la justicia concreta es la base de la justicia formal y que las categorías esenciales de los seres, así como la forma en que deben ser tratados, tienen un trasfondo empapado de valores o de aspectos morales que determinan aquello que resulta de suma importancia para una sociedad y aquello que si bien no carece de ella, se puede considerar que no es tan apremiante.

Por otro lado, tampoco pierde de vista que es muy común que a pesar de que una colectividad comparta la idea de ciertos fundamentos de corte axiológico o moral en un mismo tiempo y espacio, resulte que en más de una ocasión existan en dicho foco, divergencias acerca de lo que debe ser considerado justo o no, provocando de esta manera antinomias en el marco normativo. Por ello es que las antinomias deben ser solventadas por medio de la equidad, que para el autor polaco debe ser entendida como *“tendencia a no tratar de manera demasiado desigual a los seres que forman parte de una misma categoría esencial”*.¹²⁶

Es entonces la equidad el as bajo la manga que permite superar las antinomias que surjan de la adopción de un concepto de justicia de carácter formal con naturaleza universal. La equidad es la herramienta adecuada para combatir las situaciones de desigualdad que atenten contra el contenido formal de la justicia y permite que el sistema se mantenga vivo y activo: *“La equidad tiene que disminuir*

¹²⁶ *Ibidem*, p. 46.

*la desigualdad ahí donde el establecimiento de una igualdad perfecta, de una justicia formal, se vuelve imposible por el hecho de que se toman en cuenta simultáneamente dos o varias características esenciales que chocan en ciertos casos de aplicación”.*¹²⁷

Al respecto, Moisés Narvaez Herrera¹²⁸ abona al entendimiento del pensamiento de Perelman cuando señala que *“el autor se percata de las limitaciones de su propia fórmula de la justicia y, en consecuencia, sostiene que el valor de la equidad se presenta como el correctivo necesario allí donde el formalismo de la regla de justicia resulta insuficiente, donde su alcance universal está completamente limitado”*. De esta manera es como queda asentado que la equidad es un complemento de la justicia en su aspecto formal.

Como se puede apreciar, la justicia descansa en la igualdad y la igualdad se presenta en dos momentos: el primero a manera de premisa en el silogismo de la justicia (la justicia implica igualdad), y en el segundo, como producto ideal o de facto en la creación o aplicación de la regla imperativa.

Vale la pena hacer mención respecto de la posible paradoja que Perelman crea al construir su sistema de justicia. Para eso es que debe entenderse que la noción formal de la justicia solo podrá establecer un parámetro de medición acerca de si

¹²⁷ *Íd.*

¹²⁸ NARVAEZ Herrera, Moisés, *Nociones confusas de filosofía y nueva retórica: un análisis desde el giro pragmático en Chaim Perelman*, [Disponible online en: <http://www.scielo.org.co/pdf/frcn/v53n156/v53n156a10.pdf>] (Consultado el 31 de julio de 2017 a las 22:16 horas)

la regla es justa al permitir un trato igual para todas las personas que cumplen con determinada categoría; al mismo tiempo señala que la regla más justa es aquella que carecerá de características arbitrarias. Pero ¿acaso la justicia concreta no es arbitraria al devenir de un proceso de percepción moral o emotiva en la cual se funden las ideas de lo justo, correcto o bueno y no de un proceso racional?

Los valores que fundan a los sistemas normativos son arbitrarios. En su momento Kelsen denominó al origen de la estructura como norma fundante básica y Hart las llama reglas de reconocimiento, pero es indiscutible, quizá no para los necios, que en el fondo de la norma se encuentra una carga moral, que si bien se puede desatender en la práctica o no, sigue siendo la semilla del árbol normativo. Este aspecto moral no es producto de premisas, incluso podría considerarse que ni siquiera tiene naturaleza empírica y esa discusión podría tener diferentes matices en su respuesta, sin embargo, la realidad es que no deja de tener carácter arbitrario.

Por su parte, Flavia Carbonell¹²⁹ en su interpretación de Perelman indica que este último asume que *“...un sistema normativo no puede eliminar su arbitrariedad. No descarta, no obstante, que pueda extraordinariamente existir acuerdo sobre los valores desarrollados por un sistema normativo, caso en el cual es posible justificar aquellas reglas y evitar la arbitrariedad producida por la introducción de*

¹²⁹ CARBONELL Bellolio Flavia, *La regla de justicia de Perelman y las teorías de la argumentación jurídica*, [Disponible en : http://www.academia.edu/8165907/La_regla_de_justicia_de_Perelman_y_las_teor%C3%ADas_de_la_argumentaci%C3%B3n_jur%C3%ADdica] (Consultado el 31 de julio de 2017 a las 21:07 horas)

reglas extrañas al sistema". A pesar de lo anterior, no se debe pensar que reconocer la arbitrariedad de los valores fundantes de la justicia concreta, debilitan las fortalezas de la justicia formal, pues estos son las directrices que habrán de forjar los mecanismos de regularización de las reglas de forma coherente y ordenada.

Encuentro en la concepción de la justicia de Perelman un proceso que por pasos podría ser descrito como una *'matrioshka'* rusa, siendo la muñeca del fondo aquella que contiene los valores éticos morales pero a la vez arbitrarios y tal vez no justos; esa primer muñeca se cubre con una segunda que representa a las reglas creadas con la esencia de los valores y que habrán de justificarse en ellos mismos para dotar de validez al sistema jurídico; finalmente la tercer muñeca, aquella que percibimos en el estante de la tienda, se traduce como la aplicación de norma, la regularización de la realidad que pretende brindar justicia al tratar de forma igual a los iguales, para así cumplir con la expectativa intrínseca de aquella primer muñequita.

Al final, la paradoja existe pues se busca la justicia con base en la arbitrariedad.

H.L.A. Hart

En consecución con las líneas de pensamiento de carácter positivista, pero partiendo de una concepción más amplia de la norma, Herbert Lionel Adolfus Hart critica el pensamiento de Kelsen, tal como este último lo hizo con Kant, al

considerar que la configuración kelseniana del derecho, es un tanto reduccionista al atribuirle como único y elemental objeto de estudio a la norma y su sanción, pues deja de lado que muchas de dichas normas no se avocan a preestablecer sanciones frente a la comisión de determinadas conductas, sino que también existen aquellas que atribuyen potestades dirigidas a la creación de situaciones jurídicas.

Para poder comprender la noción de justicia de Hart, es preciso entender el desarrollo de sus ideas en torno al derecho. Para el jurista inglés, es impensable contemplar a la norma desde un aspecto moral, pues esto impide su dinamismo y adaptación a la realidad al recordar que los preceptos morales tienen carácter atemporal y aespacial: *“Es característico de un sistema jurídico el hecho de que pueden introducirse en él nuevas reglas, y modificarse o derogarse reglas anteriores, mediante sanción deliberada, aun cuando algunas normas puedan ser colocadas a cubierto de cambios por una constitución escrita que limite la competencia de la legislatura suprema. Por contraste, las reglas o principios morales no pueden ser implantados, modificados o eliminados de esa manera”*.¹³⁰

Para Hart existen dos tipos de normas jurídicas: unas primarias que se traducen en aquellas que establecen conductas en función de prescripciones de naturaleza imperativa y prohibitiva, así como de sanciones vinculadas a su ejecución; el ejemplo perfecto son las disposiciones de carácter penal.

¹³⁰ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abelardo, Perrot, Buenos Aires, traducción de Genaro R. Carrot, 1968, p. 217-218.

En un segundo plano se encuentran las –permítaseme la expresión- normas secundarias; estas no se integran a partir del binomio conformado por la obligación de hacer o no hacer algo y la sanción correspondiente, sino que se configuran como potestades atribuidas tanto a ciudadanos, como a determinados operadores del ámbito público, para poder crear ciertas situaciones de derecho.

Dentro de las normas secundarias, Hart realiza una diferenciación que hace que se clasifiquen en reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación.

Al estudiar a Hart, Jorge Ramírez¹³¹ realiza un señalamiento respecto de su interpretación relativa a la regla de reconocimiento, explicándola como “...*el remedio para poder determinar la certeza de las reglas primarias de obligación a través de la identificación de las mismas sobre la base de ciertos criterios últimos de identificación revestidos de autoridad, uno de los cuales habrá de ser considerado supremo.*”

De lo anterior se desprende la importancia que guardan las reglas secundarias para Hart, en especial las reglas de reconocimiento, al considerar que son estas las que dotan de validez al ordenamiento jurídico; una manera análoga de representar lo que en su momento explicó Kelsen con la norma fundante.

¹³¹ RAMIREZ, Jorge, *La regla de reconocimiento. Una somera visión de la tesis de Hart y Lipkin*. [Disponible online en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-163-185.pdf>] (Consultado el 26 de julio de 2017 a las 13:50 horas)

Este posicionamiento de Hart resulta contradictorio o incongruente, porque por un lado manifiesta una total falta de vínculo entre el derecho y la moral, pero basta con remitirnos a comprender el origen o la esencia de su 'regla de reconocimiento' para que entonces surja una duda sobre cuál es esta. Si se desconoce el contenido material de la norma, aquel que sirve de fuente para la creación de la misma en su calidad de válida, entonces se debe entender que otro agente, totalmente ajeno al plano material, es su detonador. Sin embargo no deja claro entonces qué clase de detonante de la norma podría ser el creador de esta regla fundadora ¿la espontánea aparición de un mandato con aparejada sanción sin más motivo que él mismo? No resulta concebible.

El posicionamiento de Hart se convierte entonces en una necesidad epistemológica con miras a no dejar permear en la norma el aspecto material que contiene las necesidades, los objetivos y los principios por los que pugna la sociedad en específico a la que va dirigida. No concuerdo con el inglés, porque no considero que el reconocimiento de dichos factores –aunque sea para legitimarla en la sociedad o para considerarla como necesaria o valiosa- derive en la falta de juridicidad de una norma.

Más adelante Hart¹³² señalará que:

¹³² HART, H. L. A., *Op. Cit.*, p. 114.

“Para que una sociedad pueda vivir únicamente con tales reglas primarias, hay ciertas condiciones que, concediendo algunas pocas verdades trilladas relativas a la naturaleza humana y al mundo en que vivimos tienen que estar claramente satisfechas. La primera de estas condiciones es que las reglas tienen que restringir, de alguna manera el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen, en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros”.

Es de esta forma como da cuenta de que dentro de la regla de reconocimiento hay un contenido mínimo a modo de núcleo en el que quizá pueda encontrarse el sustento moral.

Al trasladar su pensamiento al plano de la justicia, se entiende que esta solo se logra al mantener en equilibrio el criterio que da origen a la regla de reconocimiento, que tanto normas primarias como secundarias están obligadas a observar. La administración del derecho y su aplicación, se vuelven necesarias para su existencia como si fueran la misma sangre que corre por las venas de la justicia. Así es como Hart no abandona su línea positivista, pero reconoce a la justicia en el cumplimiento del contenido de la norma.

John Rawls

El norteamericano John Rawls, por medio de su teoría de la justicia dio un salto conceptual o contextual de gran tamaño, al grado de llamar la atención no solo de los integrantes del gremio jurídico, sino también de economistas, políticos, sociólogos, etcétera.

Este autor concibió a la justicia desde un enfoque vinculado a la filosofía política y social. Para él, la justicia debe ser entendida como la primera virtud que desemboca en las instituciones sociales, tal como la verdad lo es para el pensamiento.¹³³ De esta manera, debe entenderse que para la justicia de nada sirve que las instituciones del estado y sus sistemas normativos sean eficientes, pues si no se atiende a dicha virtud primigenia, se presenta una falla de carácter sustancial.

De manera clásica, la raíz de la justicia para Rawls se encuentra en los pensamientos contractualistas que surgieron durante el desarrollo de la revolución francesa, pensamientos tales como el de Rousseau, del que se deriva la legitimación del derecho y la justicia que persigue lo que una colectividad considera como justo, a partir de un acuerdo inicial de naturaleza social, pues tal como lo señala Emilio Martínez Navarro¹³⁴ al justificar las razones del contractualismo: *“en una situación imaginaria previa al estado, donde no hubiera autoridad a quién obedecer, las posibilidades de convivencia pacífica eran nulas”*.

De forma análoga al estado originario que guardan las sociedades previas al pacto social en las teorías contractualistas, Rawls asume una posición de origen en la que considera a la sociedad cubierta por un ‘velo de la ignorancia’. Este velo de

¹³³ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Trad. de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 17.

¹³⁴ MARTINEZ Navarro, Emilio, *El pensamiento de Rawls y la teoría de la justicia*, 2011, [Disponible online en: <http://formacionhumana.iteso.mx/documents/11309/0/D-26147-4.pdf/34c9d574-621c-43b4-a1b5-8988bef2c77e>] (Consultado el 26 de julio de 2017 a las 19:45 horas)

ignorancia impide que los integrantes de la sociedad conozcan las categorías o las características que habrán de clasificarlos dentro de la vida colectiva: sexo, religión, posición económica, color de la piel, etcétera; son sencillamente personas. Estas personas habrán de entrar a la sociedad como producto del azar, a modo de un sorteo de lotería (natural y social), tal como el mismo Rawls lo denomina, pues la naturaleza no es arbitraria, más bien es azarosa.¹³⁵

En dicho plano originario, mientras mantienen el velo de ignorancia, los individuos solo saben que tendrán que vivir en colectividad porque la autosuficiencia y el aislamiento son imposibles en el mundo si es que se pretende sobrevivir con vida adecuada y fructífera; los recursos son limitados y se volverá necesario emprender acciones de cooperación e intercambio para poder desarrollarse tanto en conjunto como en particular.

Por lo anterior, resulta necesario establecer un pacto o un acuerdo que garantice que el desarrollo de la vida social será el mejor y más óptimo. Si bien esta idea no fue novedosa para el momento, la particularidad del pensamiento y propuesta de Rawls se centra en el hecho de que él considera que los acuerdos deben realizarse desde el plano procedimental, no en el efecto o resultado de la distribución misma. Es decir, para él es obvio y hasta natural que la desigualdad exista, pues resulta inimaginable un escenario donde todos tengan completa igualdad tanto física como de condiciones.

¹³⁵ RAWLS, John, *Op. Cit*, pp. 79-80.

La justicia existe entonces en los criterios que se han de adoptar para establecer el procedimiento por medio del cual se habrán de distribuir los recursos en la colectividad.

Rawls comprende que ciertas personas habrán de ejecutar o implementar los criterios de distribución ¿pero cómo lo harán? Partiendo de esquemas que generen políticas públicas o normatividad desde el velo de la ignorancia, es decir, desde el abandono de los prejuicios que pudiesen causar las características particulares expuestas con anterioridad, teniendo como base los principios de la libertad y la equidad, entendida esta última como la generación de condiciones que permitan que todos por el esfuerzo propio puedan acceder a las mismas oportunidades de desarrollo.

La desigualdad existe, y para Rawls es tan natural como el paso del día a la noche. En función de ello, es que sugiere la incorporación de su reconocimiento para poder trabajar desde esa situación: el principio de diferencia. Al respecto indica que *“el principio de diferencia sólo es justificable si la diferencia de expectativas funciona en beneficio del hombre representativo peor colocado, en este caso el obrero no calificado representativo”*.¹³⁶ De esta manera es determina que a partir de la diferencia, es permisible la distribución desigual de los recursos

¹³⁶ *Íbid.*, p. 83.

e incluso la consideración desigual en la norma, siempre y cuando esta sea con miras a maximizar los beneficios de los menos favorecidos.

Finalmente, se debe comprender la noción de justicia de John Rawls construida desde la posición originaria, en la cual se configura como aquel plano en el que se respetan y además se promueven las libertades de cada uno de los integrantes de la sociedad, pero que además en reconocimiento y aceptación de las diferencias que derivan de la desigualdad social (como un efecto natural e ineludible de la vida colectiva), se busca beneficiar a los menos favorecidos mediante una adecuada y ahorrativa distribución de recursos, así como por la generación de oportunidades de desarrollo para todos a partir del esfuerzo individual.

Robert Nozick

Resulta interesante revisar la forma en la que el neoyorquino Robert Nozick dio una respuesta crítica a la teoría de la justicia de John Rawls, considerando que la distribución de los recursos con base en el principio de diferencia no se acerca ni por un poco a lo que debía entenderse por justicia.

Nozick¹³⁷ manifiesta que *“un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica;*

¹³⁷ NOZICK, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 7.

que el Estado mínimo es inspirador, así como correcto". A partir de esta idea, el autor considera que el denominado capitalismo anárquico es la forma en la cual es más factible construir una teoría de la justicia real y práctica, a través de un mercado sin limitaciones que dirija la distribución de los bienes sin que exista una gran intervención estatal, es decir, debe existir una participación mínima del estado.

En este sentido, Nozick considera que el derecho a la adquisición de bienes implícita en el principio de propiedad, es importante en la configuración de las prerrogativas más esenciales de la persona, siempre y cuando los adquiera de manera legítima.

Por ello, Nozick se cuestiona a lo largo de su teoría ¿qué potestad o atribución le asiste al estado para distribuir los bienes e ingresos que el individuo percibe de manera legítima con el resto de la población, aún y cuando probablemente muchos de ellos no hayan realizado un mínimo esfuerzo por desarrollarse? La respuesta del mismo Nozick es: ninguna. Según el autor, no hay manera de que exista distribución de bienes por parte del estado sin que esta pueda dejar de considerarse como injusta.

Por consiguiente, Nozick¹³⁸ establece ciertos principios que se constriñen a los bienes y la propiedad de los mismos al señalar que *"las pertenencias de una persona son justas si tiene derecho a ellas por los principios de justicia en la*

¹³⁸*Ibidem*, p. 56.

adquisición y la transferencia, o por el principio de rectificación de la injusticia (tal y como es especificado por los dos primeros principios de justa adquisición y transferencia)".

Por su parte Fernando Aguiar,¹³⁹ dentro de su artículo de “*Teorías Modernas de la Justicia*”, explica brevemente a estos principios, señalando que de acuerdo al principio de transferencia se entiende que todo aquello que es adquirido de manera justa, es decir legítimamente, es libre de transferirse; en el principio de adquisición inicial justa se establece el cómo se debe conseguir de manera correcta y de forma inicial las cosas; finalmente, a través del principio de rectificación de injusticias se brinda un tratamiento para atender casos de transferencias o adquisición injusta.

La teoría de Nozick a pesar de poder vislumbrarse como individualista, contiene diversos elementos que la dotan de razón, pero sobre todo de realismo, pues si bien los postulados de Rawls llevan a la pantalla una escena dónde la distribución y la atención se brinda sectores vulnerables sin que el sector más aventajado reclame en ello por un solo momento, la realidad es que pierde de vista la posibilidad de que el sector impactado por el menoscabo a su riqueza, se vea desconcertado e irritado por la posibilidad de que sus ingresos se dirijan a una persona que no ha realizado el mínimo esfuerzo por ello, es decir, probablemente ellos estén sufriendo una injusticia.

¹³⁹AGUIAR, Fernando, *Teorías modernas de la justicia*, [Disponible en: http://javeriana.edu.co/personales/jramirez/PDF/Aguiar-teorias_modernas_de_justicia.pdf] (Consultado el 27 de julio de 2017 a las 15:02 horas)

Pero que lo anterior no se asuma como un voto de confianza a Nozick, pues la posición anárquico capitalista de mercado libre que emprende, está muy lejos de lo que se pudiese entender como justo e incluso factible, al grado tal de que el autor ha tenido la plena conciencia de intentar definirlo en su obra como un modelo utópico.¹⁴⁰

La justicia para Nozick se encuentra en una adquisición libre, sin perjuicio a los demás, y tal como Aguiar lo expresa, la historia ha demostrado que el desarrollo de las sociedades actuales en muchas ocasiones no se ha fundado sobre esta premisa.¹⁴¹ El estado mínimo no abona en el control preventivo de abusos a raíz del mercado libre, eso genera la duda sobre de qué manera será aplicable el principio de rectificación de injusticias y qué clase de medidas serán legitimadas para llevar a cabo la corrección.

En este escenario es posible que no haya justicia, sino una defensa férrea de lo visión subjetiva de lo conveniente. Y no es que ello sea malo, sino que Nozick se aventuró a ponerle una etiqueta que no le correspondía.

¹⁴⁰ NOZICK, Robert, *Op. Cit.*, p. 287.

¹⁴¹AGUIAR, Fernando, *Teorías modernas de la justicia*, [Disponible en: http://javeriana.edu.co/personales/jramirez/PDF/Aguiar-teorias_modernas_de_justicia.pdf] (Consultado el 27 de julio de 2017 a las 15:46 horas)

Ronald Dworkin

Dworkin inicia la construcción de su teoría desde una marca de salida muy diferente a la tradicionalista, pues *“identifica a la esencia del derecho con la función de la aplicación de las normas en los procedimientos judiciales y no en las normas que forman parte del sistema”*.¹⁴²

Partiendo de dicha premisa, se posiciona como un crítico del positivismo y su tendencia al desconocimiento del vínculo entre el derecho y la moral. Dworkin expone la necesidad de vincular lo moral política con la concepción de lo que se considera como bueno, pero ¿dónde se encuentra lo bueno? ¿Acaso lo considerado bueno es aquello validado por la pluralidad de nociones del colectivo social? Para él no.

El contrato social establece las nociones de lo que debe obedecerse, y a partir de ello el estado debe determinar no solo las sanciones frente a su desatención, sino las razones por las cuales dichas nociones deben ser obedecidas. Sin embargo, dicho pacto social desatiende a la realidad de que el interés de todos para nada está ligado a la igualdad.

Intentar mantener vigente esta idea, da pie a que se presente un plano de incongruencia donde los sujetos pertenecientes a la sociedad constantemente

¹⁴²ROJAS Amandi, *Op. Cit.*, p. 29.

tendrán que enfrentar la colisión de sus valores personales contra aquello que ha sido determinado desde un ejercicio contractualista como *'adecuado'*. Por esta razón es que Dworkin sugiere que se realice el reconocimiento del dinamismo racional y axiológico que cada individuo posee en lo particular, a fin de evitar que se caiga en el juego de una doble moral: la privada y la pública.

¿Cuál es el primer paso de acercamiento a la justicia? Asumir el ideal de una vida buena que puede superar incluso la realidad de la desigualdad de condiciones que todos tenemos. Este ideal de lo bueno debe ser común para todos los habitantes de la sociedad y la manera de desarrollarlo es a través de una continuidad entre lo moral y lo político, cuya finalidad sea desvanecer las discordancias que existan entre las concepciones de lo correcto y lo bueno; solo las políticas y las acciones que lo logren podrán ser catalogadas de justas.

Para encontrar la base de identificación de aquello consensuadamente bueno, Dworkin señala la importancia del reconocimiento de la dignidad humana fundada en dos principios: el principio de la importancia objetiva de las vidas humanas y el principio de la responsabilidad especial de cada individuo sobre el éxito de su vida propia.¹⁴³

¹⁴³ MORESO, José Juan y Jahell Queralt, Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el derecho y la moralidad, 2014 [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200007#notes] (Consultado el 28 de julio de 2017 a las 10:48 horas)

A partir del reconocimiento de las vidas humanas como algo importante, se evita que las políticas estatales realicen la distribución de los recursos de manera desigual alegando que ciertos individuos merecen mayor atención que otros; por cuanto ve a la responsabilidad especial implica *“el deber del gobierno de respetar a todos los individuos por igual que se traduce en una doble exigencia, a saber: tratarles a todos como seres humanos capaces de formar y actuar según concepciones del bien y no limitar sus libertades esgrimiendo la superioridad de algunas concepciones del bien”*.¹⁴⁴

Es importante señalar que lo anterior no abandona el hecho de que las nociones éticas y morales del individuo forjan la base de lo que él interpretará como justo. Por ello es que Dworkin se mantiene en la línea de asumir que la concepción de la justicia es plural y se funda en la interpretación que cada quien hace de la misma.¹⁴⁵

No existe una sola teoría de la justicia y tratar de uniformarla es un acto que atenta contra las convicciones más íntimas de los individuos, quizá de sus intérpretes, por ello es necesario profundizar en lo más recóndito de dichas convicciones para encontrar elementos de naturaleza abstracta y general que converjan en cada una de ellas, es decir, los principios.

¹⁴⁴ *Idem* [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200007#notes] (Consultado el 28 de julio de 2017 a las 10:48 horas)

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Trad. Claudia Ferrari, GEDISA, Barcelona, 1988, p. 63.

La consideración y el respeto a la persona, fundada en los principios anteriormente expuestos, que impida el trato desigual y la inequitativa distribución de recursos, es la base sobre la que descansa la justicia. Esto se sumará a lo que con posterioridad interpretará respecto de los derechos fundamentales, para consolidar la idea de una serie de prerrogativas de carácter esencial y de naturaleza superior, frente a los cuales la autoridad está impedida de ejercer actos transgresores, aún y cuando estos se intenten justificar en el beneficio de una colectividad.¹⁴⁶

Robert Alexy

El jurista alemán ha creado un propio sistema de naturaleza filosófica sobre el cual busca establecer una teoría que explique al derecho, así como la relación que este guarda con la moral y cómo este vínculo se vuelve trascendental en la comprensión de la teoría de los derechos humanos, alejándose del positivismo, o al menos del radical, para buscar que el derecho tenga un corte mucho más humano.

Alexy considera de importancia a este tema, dado que contrario a lo que la opinión general pudiese considerar, la filosofía del derecho en torno al tratamiento de su aspecto moral, tiene efectos prácticos que de pasar desapercibidos, dejan abierta la puerta a la repetición de pasajes oscuros en la historia de la humanidad.

¹⁴⁶ PEREZ Luño, Antonio Enrique, *Teoría del derecho*, Tecmos, Madrid, 2004, p. 213.

Basta hacer un análisis de los hechos y los actos emprendidos en diferentes regímenes nacionalistas o comunistas en diferentes etapas de la historia con justificación en un derecho vigente, para darse cuenta de la necesidad de su estudio y sobre todo, su comprensión al momento de crear o interpretar sistemas jurídicos actuales.

Por tanto, Alexy considera que cada jurista o cada estudioso del derecho tiene una noción preestablecida acerca de lo que es el derecho. Justo es desde ahí donde cada uno crea los cimientos de lo que a la postre será su concepción no solo del derecho, sino de los elementos que de él emanan, así como de los que se vinculan con él. En su momento Dworkin¹⁴⁷ empleó una analogía en alusión al arte para explicar esta situación cuando señala que *“cualquiera que interpreta una obra de arte se basa en creencias teóricas acerca de la identidad y otras propiedades formales del arte, como así también sobre creencias normativas más explícitas acerca de lo que es bueno en arte”*.

Resulta necesario entonces dedicar el esfuerzo racional a la comprensión del derecho desde su parte ontológica, para de esta forma entender el por qué de los casos que rebasan el límite de lo ordinario, aquellos que se convierten en casos que requieren una explicación más profunda dado que representan una grave situación de conflicto moral.¹⁴⁸ Solo a partir de lo anterior es que se podrá abordar

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald, *Op. Cit.*, p. 90.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 349.

el tema de la justicia y los aspectos morales que viven en el desarrollo de la teoría de los derechos humanos.¹⁴⁹

El derecho es para Alexy un sistema de normas cuya finalidad es la corrección, entendida esta como un apego a lo que es considerado correcto.¹⁵⁰ Dichas normas son de tres tipos: las primeras corresponden a las que se encuentran insertas en la constitución; las segundas son aquellas que son sancionadas en términos y concordancia substancial con la propia constitución; finalmente las terceras serán los principios que sirven de base para que la aplicación del derecho atienda a la mencionada necesidad de corrección.

La corrección fundamenta. La corrección trabaja con la esencia del paradigma de aquello que debe considerarse correcto y adecuado; es por ello que debe verificarse que tanto las normas jurídicas derivadas del proceso legislativo, como aquellas individualizadas que devienen de decisiones judiciales o administrativas, impliquen un alto grado de corrección; esto provocará que el sistema jurídico en su totalidad sea igualmente correcto.

Por mucho que desde el positivismo se pretenda vislumbrar al derecho solamente a la luz de su naturaleza práctica, Alexy considera cierto que dicha práctica, sin más justificación que la fuerza por la fuerza, sería un sinsentido donde solo habría

¹⁴⁹ ALEXY, Robert, *Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years* [Disponible online en: <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>] (Consultado el 1 de agosto de 2017 a las 11:59 horas)

¹⁵⁰ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 123.

cabida para el pleno autoritarismo, cuyo efecto sería la vulnerabilidad total de los derechos fundamentales frente a los actos de poder. Es necesario, tal como Alexy comenta al respecto de Finnis,¹⁵¹ constreñir el aspecto ideal y teleológico al derecho, con base a lo que el sentido de corrección y las exigencias morales de la misma pretenden brindar.

Alexy no sacrifica una cosa por la otra, pues el derecho tiene una naturaleza dual: una formal que se vuelve fáctica, perceptible y quizá siendo más aventurados, hasta medible; entiendo a esta naturaleza como la legalidad de los ordenamientos y los procedimientos que al final resultarán en la valoración sobre la eficacia de las normas en su aplicación. La segunda naturaleza es aquella de carácter ideal o abstracto, en la cual se encuentran inmersas las exigencias morales: la justicia.

No existe un conflicto con el positivismo cuando se reconoce esta naturaleza dual. Es incluso el derecho positivo un brazo del derecho en la búsqueda de la materialización del ideal de justicia. Sin el derecho positivo, la implementación de los mecanismos de reglas sería imposible, pues tal como Alexy¹⁵² lo señala, se requiere para atender *“las exigencias morales de evitar los costos de la anarquía y la guerra civil y alcanzar las ventajas de la coordinación y la cooperación sociales”*.

Siempre estará latente la necesidad de la verificación de la sujeción de las normas y su aplicación al contenido moral del sistema; incluso dicho ejercicio verificativo

¹⁵¹ FINNIS, John, *Natural Law and Natural Right*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 432.

¹⁵² ALEXY, Robert, *Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*, *The American Journal of Jurisprudence*, 2013, p. 102.

debe realizarse a pesar de la que norma positiva señale una solución concreta al caso específico. Con esto Alexy indica que existe una obligación por parte de los operadores jurídicos de mantener al sistema en total concordancia con los principios de naturaleza moral del mismo, a través de una comprobación de proporcionalidad por la justicia constitucional.¹⁵³

¿Cómo se identifica la adecuación normativa al espectro moral en el derecho? Alexy considera que la norma puede ser perfectamente válida siempre y cuando no esté viciada por una injusticia extrema,¹⁵⁴ sin embargo dejará de ser válida cuando la denominada injusticia extrema aparezca, pues se convertirá en fuerza desmedida y desproporcional.

Ahora que se sabe que la norma es válida en función de la justicia que tiene impregnada y que incluso puede mantener su validez si la dimensión de injusticia no rebasa cierta frontera (injusticia extrema), ¿qué es la justicia y donde se encuentra la frontera que separa a una disposición normativa de un atentado?

Esto sucede cuando se dejan de atender los postulados morales mínimos, aquellos que velan por la preservación de la vida humana, su integridad y

¹⁵³ ALEXY, Robert, *Carlos Santiago Nino Begründung der Menschenrechte*, en: BURKHARDT ZIEMSKE/THEO LANGHEID/HEINRICH WILMS/GÖRG HAVERKATE (eds.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele*, C. H. Bech'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, pp. 187-217, pp. 216-217.

¹⁵⁴ SODERO, Eduardo R., *La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del derecho*, 2015, [Disponible online en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexysodero-castellano.pdf>] (Consultado el 1 de agosto de 2017 a las 13:57 horas)

desarrollo, es decir, aquellos derechos humanos que representan las necesidades fundamentales de la personas y que son base de la propia existencia.

De esta manera estará latente la posibilidad de tensión entre las dos dimensiones del derecho (fáctica e ideal), atendiendo una a la permanencia de la seguridad jurídica (fáctica) y otra a que efectivamente se mantenga la corrección material de la norma (ideal)

Frente a estos escenarios de tensión, la manera de resolución será a través de ejercicios ponderativos, mediante los cuales se medirán los niveles de injusticia conforme a la lejanía o cercanía de la misma respecto del punto extremo, obteniendo así el conocimiento sobre qué principios ameritan permanecer vigentes frente a una colisión.

Para finalizar, es preciso mencionar que se suma al esquema de corrección una noción de justicia Alexyana en la que sirven de complemento los conceptos de distribución y compensación: *“la justicia es corrección (Richtigkeit) en la distribución y en la compensación”*.¹⁵⁵ Por una parte, la justicia tiene como objeto la distribución entendida desde un enfoque de equidad con su aspecto cualitativo y cuantitativo, por medio del cual se asignen los recursos necesarios a las personas para la satisfacción de sus necesidades; por otro lado, la compensación como objeto de la justicia, se vincula a la restitución de los derechos y la reparación del

¹⁵⁵ ALEXY, Robert, *Justicia como corrección*, Cuadernos de Filosofía de Derecho DOXA, Alicante, 1989, p. 9.

daño causado a raíz de una práctica fundada en la aplicación de una disposición normativa impregnada de una naturaleza de injusticia extrema.

John Finnis

Finnis se posiciona como uno de los autores pilares en la construcción de un nuevo diseño del iusnaturalismo. Sin embargo, guarda como peculiaridad el hecho de que la defensa de su teoría no choca con el positivismo descalificándolo, sino que señala que las corrientes de este último han realizado ejercicios erróneos de interpretación respecto del derecho natural.¹⁵⁶

Uno de los conceptos fundamentales de Finnis en su construcción de la justicia es el de la razón práctica, misma que se emplea para el reconocimiento de los principios que habrán de dirigir las acciones humanas –en lo individual y en lo social- hacia la realización de los valores que conforman la moral colectiva, donde se sentarán los cimientos de la armonía en el estado y que en términos de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, será denominando ‘bien común’. La razón práctica es entonces esa labor intelectual cuya meta es lograr las exigencias del bien común con total respeto a la plenitud humana.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ-TOUBEZ Muñiz, Joaquín, *El iusnaturalismo de John Finnis*, Anuario de filosofía del derecho, Santiago de Compostela, 1993, p. 375.

En este sentido, John Finnis¹⁵⁷ no se aleja de este antecedente para construir su concepción de la justicia, pues señala que “*es una voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades, y la teoría de la justicia es, en todas sus partes, la teoría de lo que en líneas generales se requiere para ese bien común.*”

El australiano encuentra tres elementos en su concepto de justicia,¹⁵⁸ siendo el primero la ‘orientación hacia otro’, por medio del cual establece que la justicia implica pluralidad y relaciones frente a otras personas. Ciertamente esto es una realidad, pues hablar de lo injusto frente a uno mismo obliga a acotar la concepción de lo justo a un plano donde solo se reconocerá lo que es adecuado respecto de cómo el individuo se concibe a sí mismo. El segundo elemento es el deber, es decir, lo que es adecuado o debido para otro; esto se traduce en los derechos que el otro tiene y merecen ser satisfechos. El último y tercer elemento es la igualdad pero entendida con un enfoque más cercano a la proporcionalidad.

Finnis considera que hablar de la justicia en general es muy complicado, dado el alcance que el concepto puede alcanzar y que este ejercicio puede provocar que se caiga en ejercicios de definición ambiguos o vagos. Por ello, es que para la construcción de su teoría, concibe dos clases de justicia: la distributiva y la conmutativa, partiendo de que la realización de la persona solo se da cuando existe “*colaboración efectiva entre las personas, y una coordinación de recursos y*

¹⁵⁷ FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 195.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 193-194.

de empresas (incluyendo siempre, en la noción de colaboración y coordinación, modelos de restricción y de no-interferencia recíprocas)".¹⁵⁹

La distribución de recursos es un problema latente en la sociedad, así como la distribución de beneficios, cargas, impuestos y ventajas. El bien común de Finnis atiende a que estos conceptos sean asignados de manera proporcional y equitativa a los integrantes de la sociedad, pero esto solo se logrará mediante la implementación de la justicia distributiva.

Por otro lado, la justicia conmutativa se encargará de que el ejercicio de la razón práctica, con miras a la solución de conflictos con base en el bien común, sirva para resolver las tensiones de las relaciones que surjan entre los individuos en un plano de paridad dado su calidad de integrantes de la sociedad.

La justicia de Finnis no se limita al plano institucional tal como lo hace la de Rawls, sino que se amplía en función de los elementos anteriormente expuestos, mismos que sirven de pilares en la construcción de determinaciones de derecho con fundamento en lo moral, pero no una moral desbordada, sino una moral tomada como parámetro para ejercicios de la razón práctica.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 195.

2.2. Justicia tributaria

Una vez que han sido consideradas diversas concepciones de la justicia, es menester realizar el vínculo con la materia que da soporte al fondo de la excepción de la declaratoria general de inconstitucionalidad: el derecho tributario.

Como rama del derecho, el derecho tributario es de especial análisis y de impacto general, derivado de las repercusiones que tiene para el estado financieramente hablando, así como para los ciudadanos que cuentan con derechos y obligaciones respecto de la actividad impositiva y recaudativa, misma que de forma natural representa una constante afectación al estilo de vida de todos los gobernados.

Los mecanismos de aplicación de la actividad tributaria han evolucionado con el paso del tiempo y con la evolución de las sociedades. No es raro contemplar a los tres poderes de la unión dentro de las actividades que engloban al derecho fiscal , pues de inicio son actividades que derivan de resultados legislativos.

Pero las actividades y acciones de naturaleza fiscal no solo se limitan al aspecto legislativo, pues según el enfoque, pueden observarse a través del cristal de lo político, lo social y principalmente, desde un plano jurisdiccional, al considerar el gobernado que existe una posible afectación a su esfera jurídica.

Como se puede deducir, el tema del derecho tributario lejos de ser sencillo, se presenta como un cumulo de tópicos complejos que derivan en constantes

controversias, al ser la actividad tributaria un acto que implica el despliegue del imperio del estado y sus mecanismos en contra del ciudadano, aún y cuando este haya aceptado las reglas desde un inicio, tal como Rousseau y más adelante Rawls lo establecieron. Es por ello que existe la necesidad de que los órganos jurisdiccionales hagan prevalecer los principios y postulados que se encuentran inmersos en las leyes que se dictan en dicha materia.

En aras de preservar los principios y postulados que integran la justicia tributaria, se establecen los mecanismos o las garantías que habrán de velar por proteger los derechos fundamentales de las personas.

2.2.1. Las normas tributarias

El derecho tributario del siglo XXI en México enfrenta una crisis. Esta crisis es la relacionada a la imposibilidad de rebasar conceptos e ideologías de naturaleza decimonónicas, incluso de un par de siglos atrás, al momento de establecer cuáles son los principios que crean todo el espectro normativo de corte fiscal.

El positivismo recalcitrante ha sido por siempre el estandarte al que se sujeta la bandera del derecho tributario, mismo que provoca que el desarrollo del pensamiento jurídico en la materia camine de la mano de la acotada y solitaria noción del derecho vigente sin más, muy lejos del mundo de la teoría, la filosofía y la comprensión de principios, así como de los mecanismos de solución de conflictos relacionados con estos.

El derecho tributario es el conjunto de normas jurídicas que se refieren al establecimiento de los tributos, esto es, a los impuestos, derechos y contribuciones especiales; a las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración y los particulares con motivo de su nacimiento, cumplimiento o incumplimiento; a los procedimientos oficiosos o contenciosos que pueden surgir y a las sanciones establecidas por su violación.¹⁶⁰

Por otro lado, Arrijo Vizcaíno¹⁶¹ se dirige a analizar el fin del derecho tributario al señalar que *“tiene por objeto estudiar y analizar las diversas normas jurídicas que regulan la relación en virtud de la cual el Estado exige de los particulares sometidos a su autoridad o potestad soberana la entrega de determinadas prestaciones económicas para sufragar los gastos públicos”*.

Es importante conocer el concepto básico así como el objeto de dicha rama, pues ello permitirá la comprensión del contexto en el cuál se desarrolla y la naturaleza de las herramientas que conforman todo el marco fiscal. Por lo anterior es que es completamente viable que la tradición jurídica del derecho tributario, quizá sea la más formalista y cerrada, siendo incluso señalada de ‘letrista’ tal como lo hace Vergara Nava.¹⁶²

¹⁶⁰ DE LA GARZA, Sergio F., *Derecho Financiero Mexicano*, Porrúa, México, 2001, p. 26.

¹⁶¹ VIZACÍNO Arrijo, Adolfo, *Derecho fiscal*, Themis, México, 2008, p. 6.

¹⁶² VERGARA NAVA, Silvino, *La utilidad de la filosofía en el derecho tributario*, Porrúa, México, 2009, p. 9.

Lo anterior se debe a la configuración de la ley como la principal -por no decir exclusiva- fuente de las normas de naturaleza tributaria. Para muestra, basta con observar el caso de México como parte del sector latinoamericano, mismo que comparte con los demás países de la zona, una tradición muy arraigada de formalismo jurídico, donde llega a ser difícil la comprensión del derecho tributario más allá del margen de la disposición normativa, pues de lo contrario la seguridad jurídica y la estabilidad financiera del estado se situarían en un alto grado de vulnerabilidad; solo hay que recordar los motivos legislativos para la inoperancia de la declaratoria general de inconstitucionalidad en materia tributaria.

Tal es la aceptación del legalismo jurídico como el paradigma del derecho fiscal en México, que sin hacer un gran recorrido histórico, resulta evidente que la legislación ha incurrido en prácticas que hacen surgir una disposición normativa sobre otra, haciendo dudar sobre si la seguridad jurídica en la que tanto se escuda el formalismo, es para el gobernado o para el estado mismo.

Para encontrar la justificación del porqué de esta realidad, es preciso dirigirse a observar cuál es el contenido de las normas de naturaleza tributaria, y esto se traduce en: obligaciones fiscales a los contribuyentes con base en un hecho imponible tal como lo señala Larenz Karl;¹⁶³ de la misma manera, las normas de esta naturaleza contienen los elementos que habrán de integrar las contribuciones que los gobernados deben pagar; finalmente, este tipo de disposiciones normativas pueden contener una serie de atribuciones y también obligaciones

¹⁶³ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 374.

constreñidas a las autoridades, por medio de las cuales se busca el cumplimiento de sus fines, ya sean fiscales o extrafiscales.¹⁶⁴

El contenido de las normas tributarias

Es cierto que el ejercicio de las acciones que devienen de normas tributarias es realizado por las autoridades fiscales en uso de las facultades o atribuciones que les son conferidas. Estas facultades pueden ser regladas o discrecionales.¹⁶⁵

Las regladas serán aquellas que ya prevén un supuesto de hecho, así como su o sus posibles consecuencias frente a su comisión en la realidad, tal como lo son los procedimientos administrativos, las sanciones e infracciones; todos estos y más supuestos ya se encuentran establecidos en la norma.

Por su parte, las facultades discrecionales surgen cuando el orden jurídico le otorgue a la autoridad cierta libertad para elegir entre diversos cursos de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Se entienden como fiscales aquellos que directamente se vinculan con la labor recaudatoria de las contribuciones por parte del gobernado. Los fines extrafiscales de las normas tributarias son aquellos que se dirigen a un plano lejos de la recaudación para dedicarse a generar escenarios por medio de los cuales se configuren acciones tendientes al movimiento de las finanzas y mercados internos, por ejemplo, aquellas medidas normativas por medio de las cuales se incentivan o se desestimulan determinadas ramas económicas, o aquellas que implican la generación de cargas extras a quienes desatiendan determinados postulados pertenecientes a diferentes problemáticas como la ecológica. Véase en VERGARA NAVA, Silvino, *La utilidad de la filosofía en el derecho tributario*, Porrúa, México, 2009, p. 12.

¹⁶⁵ VERGARA NAVA, Silvino, *Op. Cit.*, p. 12.

¹⁶⁶ GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo de la economía*, 2014 [Disponible online en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo8.pdf] (Consultado el 8 de agosto de 2017 a las 19:20)

Las anteriores consideraciones sirven como punto de salida para intentar comprender el contenido de las normas tributarias, que como ha quedado expuesto, es muy complejo en función de los fines que persigue, pues atendiendo a la raíz, se encuentran motivaciones muy diversas. Pero es menester comenzar a abordarlo desde el plano jurídico, es decir, vale la pena comenzar con la pregunta ¿qué contienen las normas?

Según lo dispuesto por Pedro Pallares Yabur,¹⁶⁷ la ley desempeña varias funciones, siendo las siguientes: a) resolver las situaciones justas dotando de certeza jurídica; b) poner de manifiesto lo que es justo al publicitarse; c) generar coacción para su cumplimiento, facultando a la autoridad de un uso razonable de la fuerza; y e) proporciona principios o se enfunda en los mismos para establecer posibles soluciones válidas de una solución justa.

Por su parte, Silvino Vergara Nava¹⁶⁸ considera que debido al amplio espectro de contingencias que surgen del derecho tributario, derivado de la relación entre autoridades y contribuyentes, las normas de esta naturaleza primero contienen obligaciones a los contribuyentes. Obligaciones que se traducen en los hechos imponibles y de contribución, así como en los deberes de cada uno de los gobernados de hacer o no hacer, tal como realizar declaraciones, dar avisos, llevar contabilidades, etcétera.

¹⁶⁷ PALLARES Yabur, Pedro de Jesús, *Ius Oritur Ex Facto. La realidad y la configuración de lo justo*, 2005 [Disponible online: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/.../2404>] (Consultado el 8 de agosto de 2017 a las 19:37 horas)

¹⁶⁸ VERGARA NAVA, Silvino, *Op. Cit.*, p. 13.

En segundo término, las normas tributarias contienen sanciones. Si se atiende a que en un primer momento se establecen supuestos de hecho que prevén conductas tanto para las autoridades, pero principalmente para el gobernado, resultará sencillo asimilar que la adecuación en cualquiera de estos supuestos, o mejor dicho, la falta de adecuación o atención a ellos (conducta negativa), acarreará consigo la imposición de una sanción preestablecida en el mismo ordenamiento. No cumplir con las contribuciones o cualquiera de las obligaciones fiscales que establezca no solo el Código Fiscal de la Federación, sino cualquier otra ley correspondiente a alguno de los diversos impuestos, implicará una sanción particular.

Asimismo, las normas tributarias contienen los procedimientos administrativos. Cuando se hace alusión a los procedimientos administrativos, de manera automática se debe entender que se está ante el plano de atribuciones, facultades y obligaciones propias de las autoridades fiscales dentro del conflicto de intereses que surja en la relación entre contribuyente y autoridad con miras a dirimir el conflicto. Estas normas tributarias son las que integran el derecho procesal fiscal.

Por otro lado también existen normas que contienen facultades para las autoridades; además de facultades, también establecen las reglas organizacionales que habrán de definir la estructura de los entes de autoridad en la materia. Se puede señalar que dichas normas tienden a establecer el orden de manera interna en las autoridades, para que estas puedan desempeñar sus

funciones. De la misma forma habrán de establecer alcances en función de variables tales como la cuantía, el grado, la materia, etcétera, a fin de poder ser tomados en cuenta y evitar que los actos que de ellas emanan sean tildados de nulos.

Por último, se encuentran las normas que van a establecer los derechos de los contribuyentes, aquellas que definirán las prerrogativas a favor del gobernado y que en su mayoría, se ven reflejadas en el plano adjetivo del derecho tributario por consistir en disposiciones propias del procedimiento, tendientes a garantizar la seguridad jurídica de las personas. Si bien mayoritariamente este tipo de normas se relacionan con el aspecto procesal del derecho tributario, existen otras que se configuran como derechos de naturaleza sustantiva, si se me permite llamarlos así, que en un plano un tanto separado de lo adjetivo, serán concesiones directas al contribuyente que se encuentre en determinada situación: bonificaciones, compensaciones, exenciones; beneficios a final de cuentas.

Una vez que es conocido el contenido de las normas tributarias, resulta mucho más sencillo poder identificarlas, pero sobre todo, dar cuenta de que aquellas que generan beneficios a los contribuyentes son mucho menos, de hecho ni siquiera proporcionalmente similares en cantidad a aquellas que se convierten en herramientas y escudos protectores de la autoridad.

El elemento positivista de las normas tributarias

Como se ha explicado con anterioridad, el factor positivista permanece y es evidente dentro del ámbito del derecho tributario y sus normas. Partiendo de ello, es que en términos de lo señalado por Norbert Hoerster¹⁶⁹, el derecho tributario es explicado desde cinco tesis que a continuación serán señaladas de manera muy breve.

La primera de las tesis es la de la ley, por medio de la cual el derecho se define a partir del concepto de la misma ley. Al vincular esto al escenario tributario, conduce de forma automática hacia al el principio de legalidad sobre el cual se establece que todas las instituciones, figuras y procesos que existen en la materia deben tener su sustento en la ley vigente. Es importante notar que a pesar de la importancia de esto, las prácticas excesivas por parte de la autoridad bajo el amparo de la legalidad pueden convertirse en un arma de doble filo.

La tesis de la neutralidad establece que al fijarse el concepto del derecho debe prescindirse de su contenido. En el marco tributario, esta tesis se consolida como uno de los más grandes objetos de crítica y quizá la razón por la cual en la realidad existen situaciones que en nada se acercan a lo que podría ser considerado como justo; pues a partir de la tesis de la neutralidad en materia tributaria, se determina la inexistencia del vínculo entre el derecho y la moral, pues es claro para esta tesis que el único fin de la norma tributaria es el orden y la recaudación.

¹⁶⁹ HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 11.

La tesis de la subsunción se configura como otro elemento propio del positivismo tributario contemporáneo, al fijar como ruta de acción para las autoridades fiscales el ejercicio que considera Guastini¹⁷⁰ como “*subsumir un caso concreto en el ámbito de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto*”, para emitir una resolución, incluyéndose no solo autoridades jurisdiccionales, sino en su totalidad las tributarias. En síntesis, la autoridad debe resolver adecuando hechos libres de cualquier valoración a la norma.

Por su parte la tesis de subjetivismo es un bastión contradictorio dentro de los postulados de Hoerster, pues establece la permisibilidad de discrecionalidad por parte de juez respecto de los procedimientos contenciosos administrativos para determinar cómo habrá de seguirse el cauce de cada uno de los asuntos. ¿Dónde queda entonces la bandera de la seguridad jurídica que con orgullo porta el estandarte del positivismo?

Finalmente, Hoerster define a su última tesis como la del legalismo. A través de ella insta a considerar el sometimiento total a la ley. Por lo anterior no es concebible que existan casos que puedan ser excluidos de la misma. Todo debe estar contemplado en la ley, tanto las acciones que emprende el contribuyente como aquellas ejecuta la autoridad. De esta manera, al fundarse las actuaciones en la ley, se fortalece el principio de legalidad sin importar si estas son cercanas a la justicia o no.

¹⁷⁰ GUASTINI, Ricardo, *Interpretación y construcción jurídica*, ISONOMÍA, No. 43, octubre 2015, p. 14.

La consideración excesiva de estos postulados para el emprendimiento de prácticas en el ejercicio del poder por parte de las autoridades en materia tributaria, ha traído consigo que la observancia de los actos atienda solo a cuestiones formalistas y de estricto apego al marco normativo, que en nada abonan a la construcción de una verdadera estructura integral de consideración a los derechos fundamentales de las personas y su realidad.

Asimismo, María Angélica Nava¹⁷¹ hace un repaso de las teorías que han fortalecido la permanencia del positivismo dentro del actual derecho tributario, mereciendo especial atención la de Julián Bonecasse¹⁷² como representante de la escuela de la 'Exégesis del Derecho', por medio de la cual indica que uno de los elementos determinantes del derecho, es que su creación es facultad exclusiva del órgano legislativo, considerándolo el ente más importante del estado, desplazando al judicial y al ejecutivo como meros aplicadores de la ley. No se debe perder de vista que en la realidad, la figura del poder ejecutivo ha extendido el alcance de sus atribuciones por medio de las llamadas facultades meta constitucionales, tomando en consideración que a través de las iniciativas de ley, una vez cruzado el filtro de la negociación política, se pueden crear leyes al gusto.

¹⁷¹ NAVA Rodríguez, María Angélica, *Análisis de teorías y criterios de interpretación de las disposiciones fiscales o tributarias*, Revista de estudios socio-jurídicos, vol 12, No. 1, enero-junio, 2010, pp. 49-69.

¹⁷² DE BONECASSE, Julián, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, Porrúa, México, 1994, p. 114.

De igual manera, Bonecasse realiza un análisis, estableciendo que dentro de un paradigma positivista, es preciso asumir que para realizarse la interpretación de cualquier norma jurídica, se debe atender a la intención del legislador. Esto se encuentra en el plano del derecho tributario y en específico, en el caso de la declaratoria general de inconstitucionalidad, pues la excepción en materia fiscal de forma absoluta no atiende a la teleología de la norma o del derecho; dicha excepción no es más que pleno voluntarismo injustificado, pues como se expuso en el apartado correspondiente, la razón de la misma es notoriamente insuficiente.

Finalmente, esta línea de pensamiento es de corte completamente estatista, pues comprende al derecho como un producto emanado del estado y a la ley como la única fuente del derecho. Es esta la línea que ha permeado en las instituciones y en las estructuras jurídicas de materia tributaria en el estado mexicano, misma línea a la que se le suman las consideraciones kelsenianas de la separación entre derecho y moral, así como los requisitos de correcta existencia de los ordenamientos jurídicos que señala Jaime Cárdenas¹⁷³: *unidad, jerarquía, coherencia, plenitud y economía*.

Si se sigue adelante con el trabajo de vincular la realidad de la normatividad tributaria en México con alguna corriente del pensamiento jurídico, resultará que seguirán apareciendo en el tablero puntos a favor del positivismo, pues basta para robustecer todo lo planteado, lo estipulado por Bobbio en términos de lo señalado

¹⁷³ CARDENAS Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, NOSTRA-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009, pp. 125-138.

por Cristóbal Orrego¹⁷⁴ cuando indica que el italiano dejó en claro su postura, al establecer en su positivismo metodológico la tesis coactiva por medio de la cual afirma al estado como verdadera fuente del derecho; la tesis imperativa que insta a asumir al derecho como un mandato derivado de una voluntad; la tesis legalista que entiende que el derecho solo es la ley; la tesis de plenitud por medio de la cual se manifiesta que el derecho es completo y sin lagunas; la tesis de la aplicación mecánica de las normas por medio de la cual es juez es solo un operador autómatas de la ley; finalmente la tesis de la coherencia que intenta demostrar que en el derecho no hay contradicciones.

Para poder hacer una distinción de elementos propios del positivismo, Sanz Bayón¹⁷⁵ realiza un análisis de lo mencionado por Theodor Viehweg en su '*Tópica y filosofía del derecho*',¹⁷⁶ cuando este último le suma las etiquetas del escepticismo frente a las interpretaciones amplias, dejando a la corriente positiva como algo reduccionista. En este sentido, las legitimaciones más amplias no son admisibles en el positivismo, pues el derecho tributario no puede ampliar su interpretación fundada en los derechos de los contribuyentes, dado que se ha reconocido ya su nacimiento en el propio poder estatal.

El derecho tributario en México es de línea formalista, pues es una representación del poder naciente del estado. Se suma a lo anterior el hecho de que todas las

¹⁷⁴ ORREGO Sánchez, Cristóbal, *La crisis del positivismo jurídico: Kelsen, Hart, Bobbio*. [Disponible online en: <http://revistaderecho.ucn.cl/index.php/rducn/article/viewFile/307/305>] (Consultado el 9 de agosto de 2017 a las 13:14 horas)

¹⁷⁵ SANZ Bayón, Pablo, *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 16, 2013, pp. 83-108.

¹⁷⁶ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, GEDISA, Barcelona, 1997

contribuciones y derechos en la materia provienen de la ley, así como el hecho de la latente dinámica de subsunción a la norma por parte de las autoridades fiscales.

Es así como han quedado representados los matices del positivismo y sobre todo, se ha clarificado el vínculo que lo une al derecho y las normas de naturaleza tributaria en el estado mexicano. En México el formalismo tributario ha provocado que la supremacía de la ley sea un dogma latente en la aplicación de las normas, dogma por el cual la sujeción a la ley por parte de autoridades diversas, impide que el margen de interpretación equilibre la balanza frente a los derechos fundamentales. El reduccionismo lejos de brindar seguridad jurídica, genera inseguridad al potencializar las probabilidades de que la realidad de las relaciones tributarias y sus múltiples manifestaciones, no encuentren cabida dentro del marco jurídico aplicable; es ahí donde la justicia corre el peligro de perderse.

La supremacía del positivismo y el estatus de comodidad que brinda su permanencia, o cuando menos la falta de crítica, ha provocado que se pierda de vista que la estructura jurídica se encamina a una situación de completa rigidez e inconsciente uniformidad, tendiente a convertir al derecho en no más que un extenso y duro monolito, sin más fondo que su propia piedra. Se trata de un concepto semejante al arquetipo del Uróboros que se alimenta de sí mismo, sin darse cuenta que un día se extinguirá con todos sus esquemas y estructuras; es una noción que no atiende a la realidad, pues de hecho la realidad lo ha rebasado. No resulta sencillo para el positivismo entender que es imposible tener una

disposición normativa para todas y cada una de las acciones y hechos que ocurren en la vida real.

El derecho no se agota en la ley como quizá si se agote la obligación, pues el derecho es más que la obligación, asumir lo contrario implica admitir que las respuestas a todas las controversias habidas y por haber se encuentran en el catálogo de disposiciones normativas

Este derecho tributario a la luz del positivismo, encuentra su nacimiento y legitimidad en la ley. Su permanencia y desarrollo se fundan en una noción de seguridad jurídica, inmersa en un halo de formalismo que se traduce en la perfecta exteriorización de la voluntad legislativa y en muchas ocasiones ejecutiva (al final, autoridades los dos), que provoca un exceso de legislación en aras de mantener la 'estabilidad' estatal.

La naturaleza las normas tributarias

Para incrementar la comprensión de la realidad tributaria en México, no solo basta con encontrar la corriente ideológica a la cual se sujeta en la actualidad; es por ello necesario conocer la esencia de las normas para poder determinar si se está en presencia de un objeto de estudio producto de un proceso jurídico o político.

Vergara Nava¹⁷⁷ distingue las leyes políticas de las jurídicas de tal manera que entiende a las primeras como aquellas que representan o son el resultado de esfuerzos sociales e idearios de corte político, además de que para él son aquellas que crean y hacen operar los programas que sirven para las acciones del estado. El margen de acción legislativa es mucho más amplio en este tipo de normas, dado que estipulan con su existencia los alcances propios de la administración en función de sus planes y organización.

Naturalmente, la confrontación de fuerzas y la negociación al nivel político para la determinación de creación, modificación o extinción de figuras normativas, es parte necesaria del proceso de conformación de una ley de naturaleza política.

Por otra parte, el autor considera que las normas de naturaleza jurídica regulan situaciones de hecho específicas en función de una realidad latente, por medio de las cuales se tutelan derechos sustantivos de las personas.

Si se habla de derechos sustantivos, resulta entonces necesario, o cuando menos viable, remitirse a los más básicos, aquellos mínimos contenidos en los derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales cuentan con garantías de protección frente a los posibles actos de autoridad que se configuren como una transgresión.

¹⁷⁷ VERGARA NAVA, Silvino, *Op. Cit.*, p. 45.

¿Dónde se sitúa el contexto tributario frente a esta bifurcación de la naturaleza normativa? Es sencillo considerar a la norma tributaria como de naturaleza jurídica si se parte desde un enfoque positivista. La fórmula es corta, cualquier norma de dicha naturaleza es producto de un proceso legislativo que se realiza en términos de un derecho vigente.

Sin embargo, resulta mucho más interesante profundizar en el estudio de la naturaleza de las normas desde una posición un tanto más alejada del positivismo. Esta posición permitirá comprender la visión de Zagrebelsky¹⁷⁸ que a lo largo de su obra *“El derecho dúctil”* pone de manifiesto como la constitución de ser una norma política, al existir los tribunales constitucionales pasó a convertirse en norma jurídica, pues los derechos y garantías previstos en dicha norma se volvieron eficaces a través de dichos tribunales constitucionales.

La juridicidad de las normas tributarias entonces no existió de inicio, el proceso histórico de reconocimiento de derechos fundamentales, pero sobre todo la instauración de tribunales encargados de velar por las garantías para su adecuada protección, fueron los parteaguas que lograron hacer evolucionar a las normas, no solo tributarias, de un escenario político a uno jurídico. Jugaron a favor de esta situación, el desarrollo de criterios tendientes a proteger los derechos mínimos de las personas, criterios que conformaron una nueva visión de la realidad a luz de principios reformulados respecto de la equidad y la proporcionalidad en la materia.

¹⁷⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, tratados, justicia*, Trotta, Madrid, 2005, p. 21-40.

Atendiendo a un sentido estrictamente político, también se podría considerar que las normas tributarias guardan exclusivamente dicha naturaleza al devenir del voluntarismo político de los gobernantes. Bastará para intentar sustentar esta posición, un vistazo a la historia tal como lo señala Díez Picazo¹⁷⁹ para dar cuenta de las múltiples decisiones en materia fiscal que han sido determinadas con base a 'plumazos', en atención a los grupos políticos en el poder y grupos sociales que las producen y luchan por su implementación.

Considero que lo más adecuado es tomar una postura ecléctica que permita revisar a la norma tributaria con una doble naturaleza, es decir: político-jurídica.

No se deja reconocer la necesidad de las contribuciones como una medida adoptada por el estado occidental para poder sufragar los gastos derivados de la prestación de servicios y la generación de condiciones óptimas para el desarrollo de las personas integrantes de la población. Incluso se pudiera considerar desde una teoría contractualista, que la aceptación de contribuir nace de un pacto de connotaciones políticas, en el que se delega dicha facultad al estado para que ejecute los actos correspondientes; derivado de dicha facultad, el estado toma el timón para dirigir las políticas fiscales, no solo en el plano de contribuciones, sino de mercado, actividades económicas y demás tópicos que habrán de guiar al país por un rumbo de estabilidad.

¹⁷⁹ DIEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 5-22.

Es adecuado pensar en el origen político de las decisiones tributarias, pero ¿qué clase de estado sería aquel que tomara las decisiones sin lineamientos que mantuvieran el equilibrio entre el poder y los derechos mínimos del gobernado? Surgiría entonces en la pantalla, un estado que ejercita el poder por el poder; en dicha estampa no habría espacio para el derecho, pues dicho estado no toleraría la imposición de límites. Las acciones del estado carecerían de juridicidad.

Es justo a partir de dicho reconocimiento, que salta a escena el aspecto jurídico de la naturaleza, como un contrapeso frente a un posible abuso del poder. La norma tributaria podrá tener un origen político con base en la consecución de un objeto, que generalmente es la administración del gasto público y la distribución de recursos de forma justa, pero no por ello debe perderse de vista que dicha finalidad debe estar sujeta a un marco jurídico que no solo exhorte al estado a actuar de conformidad a ciertas reglas, sino con los principios que protejan los derechos mínimos de las personas, además de contar con tribunales que garanticen dicha protección, conociendo las controversias para pronunciarse sobre la constitucionalidad y convencionalidad de las normas, alejándolo de un panorama utilitarista donde el fin justifique los medios.

De más está mencionar a favor de la juridicidad de las normas tributarias, la noción positiva de su estructura en cuyo interior se guarda una relación de causa (supuesto de hecho) y efecto (sanción o beneficio).

Interpretación de las normas tributarias

Gerardo Ribeiro¹⁸⁰ señala que muchas de las definiciones de lo que es interpretar no cuentan con uniformidad debido que constantemente se cae en contradicciones, tal como ocurre en el caso de Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que define dicha acción como “*explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto*”.¹⁸¹ Asimismo hace alusión de que María Moliner se refiere a la acción de interpretar como aquella por la cual se atribuye significado a algo.

Este ejemplo basta para demostrar la contradicción, pues según Ribeiro, explicar y atribuir significado a algo son dos cosas totalmente distintas:

“Explicar es realizar una exégesis de la expresión, es construir un discurso sinonímico paralelo a efecto...de aclarar la expresión. Explicar, pues, es el acto mediante el cual se aclara el sentido de una expresión parafraseando el nivel del significado.

*Atribuir, por el contrario, es depositar sobre una expresión un sentido pertinente al mismo. La atribución no se construye desde la sinonimia del significado sino desde construcción de la significación”.*¹⁸²

La interpretación jurídica se avoca al estudio de las proposiciones legales y partiendo de esto, cuenta con dos acepciones: la primera que considera a la interpretación jurídica como el acto que permite determinar un significado a un

¹⁸⁰ RIBEIRO Toral, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, Porrúa, México, 2009, p 1

¹⁸¹ Real Academia Española, *Interpretar*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=interpretar>] (Consultado el día 10 de agosto de 2017 a las 11:35 horas)

¹⁸² RIBEIRO Toral, Gerardo, *Op. Cit.*, pp. 1-2.

vocablo legal, es decir, el ejercicio o el proceso de hacerlo; por otro lado, la segunda acepción considera a la interpretación como el resultado dicho proceso.

La interpretación es un concepto que tal como señala Guastini,¹⁸³ sufre de ambigüedad al grado de que puede ser considerada en diversas maneras, siendo la primera de ellas, las que provoca las acepciones anteriormente mencionadas en las que la interpretación puede ser considerada como un proceso o un producto.

Por otro lado, la ambigüedad de la palabra 'interpretar' puede bifurcar su sentido al poder ser considerada como algo concreto y abstracto. Si se toma el ejercicio de interpretación como algo concreto, se debe entender como un simple ejercicio de subsunción de un caso específico al supuesto de hecho preestablecido por una norma. Considero que la interpretación en concreto no debería ser denominada como tal pues interpretar está muy lejos de ser un acto de etiquetar situaciones en categorías preestablecidas.

En cambio, al analizar la concepción abstracta de la interpretación, resulta más interesante suponerla como tal, pues por medio de ella se identifica la sustancia del sentido o el contenido de aquel objeto de interpretación jurídica. Señala Guastini¹⁸⁴ que por medio de la interpretación abstracta se busca dotar de enunciados normativos completos, mientras que por medio de la concreta solo se

¹⁸³ GUASTINI, Ricardo, *Interpretación y construcción jurídica*, ISONOMÍA, No. 43, octubre 2015, pp. 11-48.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 15.

formulan predicados lógicos de una norma ya existente: *“la interpretación “en abstracto” reduce la indeterminación del sistema jurídico en cuanto tal, identificando las normas en vigor; mientras que la interpretación “en concreto” reduce la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos que cada norma rige”*.

El formalismo no aporta a la interpretación. Como se ha planteado con anterioridad, el formalismo vive muy lejos de la realidad. Cuando se entiende al derecho como lenguaje construido en función de las dinámicas de la realidad, es mucho más factible razonar que la interpretación no es descubrir el significado de algo eternamente existente e inmutable; tomar esto como cierto, implicaría asumir la existencia de un derecho perfecto, sin lagunas, sin antinomias y según la línea de pensamiento que se pretenda adoptar, totalmente inmerso en un espíritu de justicia. Una vez más, sale a flote la visión reduccionista del derecho que provee el formalismo. No, eso no es interpretación.

La norma es discurso y como tal, nada garantiza la existencia de coincidencias entre el significado que tiene para el mismo, tanto el emisor como el receptor, por ello la interpretación jurídica se vuelve un ejercicio valorativo y decisonal de construcción; por supuesto dentro de un marco de estado constitucional de derecho, así como de control de convencionalidad, no hay espacio para el reconocimiento de validez a cualquier manera de interpretación que contravenga a los elementos mínimos considerados en las nociones de derechos fundamentales y dignidad humana.

Por cuanto ve al tema del derecho tributario, es importante ubicar tres tópicos que interesan al ejercicio de la interpretación jurídica: la continua modificación de las leyes de la materia; la utilización de conceptos no jurídicos y finalmente el hecho de que existe una lucha de intereses en el proceso de creación de las normas tributarias derivado de su naturaleza, por un lado la recaudación de contribuciones, por otro la seguridad jurídica y en otro lado la justicia.¹⁸⁵

La necesidad del estudio de la interpretación, nace precisamente en el hecho de que es la rama tributaria una de las ramas del derecho donde más convergen intereses y problemáticas al momento de la resolución de controversias. Y no es difícil en un principio visualizar razones, pues el contribuyente y sus representantes interpretan en el sentido de que las cargas impuestas por la autoridad se aminoren; el estado en cambio busca generar una interpretación que justifique su actuar, de tal manera que pueda allegarse de los recursos para su desenvolvimiento. La problemática se vuelve de matices más profundos cuando se trata de determinar a qué paradigmas se debe sujetar la interpretación que realiza la autoridad jurisdiccional.

Al hacer su estudio de las normas tributarias, Hallivis Pelayo¹⁸⁶ expone el cuestionamiento sobre la posibilidad de que estas sean objeto de un tipo de

¹⁸⁵VERGARA NAVA, Silvino, *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁸⁶ HALLIVIS Pelayo, Manuel Luciano, *Interpretación en Materia Tributaria*, 2013, (Disponible online en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2724/6.pdf>) [Consultado el 11 de agosto de 2017 a las 13:35 horas]

interpretación especial dada su naturaleza. En concordancia con el citado autor, me sumo a la consideración de que dicha necesidad es inexistente, pues a pesar de la discusión que llegase a existir respecto de su origen y esencia, son normas jurídicas y las mismas no se encuentran fuera del universo que comprende el ordenamiento jurídico.

Por su parte, Andrea Amatucci¹⁸⁷ fortalece lo anteriormente mencionado al indicar que las leyes tributarias no son de excepción a las reglas generales del derecho y por tanto no es factible que sean objeto de una interpretación de naturaleza restrictiva.¹⁸⁸

Se ha establecido entonces el posicionamiento de que las normas jurídicas pueden presentar diversos escenarios en su interpretación; por ello es que la importancia de la interpretación radica en el resultado de la misma.

Frente a la amplitud de posibilidades que esto conlleva, resulta lo más adecuado emplear un tipo de interpretación de naturaleza extensiva que permita visualizar de manera integral el espectro del bien jurídico tutelado y controvertido. Para esto resulta trascendental el conocimiento de la dimensión axiológica del derecho tributario que permita comprender que la norma guarda intrínsecamente una

¹⁸⁷ AMATUCCI, Andrea, *La interpretación de la ley tributaria,, Tratado de Derecho Tributario*, Temis, Bogotá, 2001, p. 26, 587.

¹⁸⁸ La interpretación restrictiva implica un ejercicio en el cual se interpreta a la norma con un menor alcance de aquel que le fue proveído por el legislador. Cuando Amatucci se refiere al término restrictivo, hace alusión a una clasificación especial. Desde la teoría de la interpretación jurídica la interpretación restrictiva pretende hacer prevalecer el bien jurídico que la norma tutela. Véase en VERGARA Nava, Silvino, *La utilidad de la filosofía en el derecho tributario*, Porrúa, México, 2009, p. 127.

naturaleza jurídica que atiende a las nociones no solo de seguridad jurídica, sino de justicia, inmersas ambas en los derechos fundamentales.¹⁸⁹

Por supuesto que al referir a la interpretación extensiva, se hace con la finalidad de que esta sea la manera en la cual se resuelvan los casos en los que verse un conflicto que implique una violación a los derechos fundamentales. Esta es la forma en la cual el derecho debe ser contemplado frente a planos donde los principios que integran el marco constitucional y convencional se encuentren en juego.

Ni los operadores del derecho tributario, quienes aplican las normas y de hecho ninguna autoridad de orden público, deben estar sujetos a una rutina de acción mecánica. Los métodos de interpretación deben buscar explicar la finalidad y efectos generales de la norma. Las posibles transgresiones a derechos fundamentales son singularidades, por ello es que interpretar de forma extensa es una herramienta al servicio de los principios que fundan toda la estructura normativa en su dimensión más sustancial.

Para efectos de este documento, se aborda en específico el tipo de interpretación que resulta importante para la materia tributaria, al poder hacer una distinción de las bases que sirvan para identificar el problema que existe con la restricción que se da a la declaratoria general de inconstitucionalidad: la interpretación constitucional (que deberá ser entendida también en su proporción convencional).

¹⁸⁹ VERGARA Nava, Silvino, *Op. Cit.*, p. 122.

Interpretación constitucional de las normas tributarias

Interpretar la norma es conocerla para integrarla y entender su funcionamiento desde una perspectiva incluso deontológica en las relaciones jurídicas. Una vez hecho esto, resulta más sencillo visualizar su aplicación como una confrontación entre el hecho de la realidad y el supuesto preestablecido.

Desde un enfoque vinculado al positivismo recalcitrante, la interpretación de corte constitucional tendría que ser a la luz de los postulados derivados de un estado legalista de derecho. Esta modalidad del estado ha sido superada por la realidad, una realidad en la que converge en el valor de la constitución observada más allá de su condición de norma suprema y el valor de los principios contenidos tanto en ella como en las convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

Es importante considerar este carácter multidimensional de la constitución, pues a partir de su comprensión, se determina qué es lo que busca tutelarse por medio de la instauración de un estado constitucional de derecho. El abandono del estado de derecho legalista es porque desde dicha concepción, el estado está centrado en la ley, tal como lo establece Julio Díaz:¹⁹⁰ “*reconociéndosele a la Constitución naturaleza programática y política*”, mientras que al referir al estado

¹⁹⁰ DÍAZ Palacios, Julio, *El estado constitucional de derecho en el marco de la descentralización de los países andinos*, 2010, [Disponible online en: http://www.bivica.org/upload/descentralizacion_paises_andinos.pdf] (Consultado el 16 de agosto de 2014 a las 12:06 horas)

centrado en la constitución, más allá de su naturaleza organizacional, se aborda desde la fuerza vinculante que le proporciona la esencia de su contenido y existencia.

Por otro lado, Luigi Ferrajoli¹⁹¹ hace alusión al estado constitucional del derecho partiendo de la comparación que realiza frente al positivismo jurídico; en un plano de positivismo, el estado (legalista) reconoce al sistema jurídico a partir de la validez de las normas que lo integran, validez que será otorgada en función del apego a los procesos determinados para ello. El jurista italiano señala que en el estado constitucional de derecho, la validez del sistema jurídico se reconoce desde la sustancia de las decisiones estatales, es decir, desde la coherencia de los mismos con los principios de justicia establecidos en la constitución.

La constitución entonces tiene normas que se diferencian de otras por su carácter sustancial de validez, esta validez permea sobre las leyes para establecer límites en su aplicación. Una vez más, Ferrajoli¹⁹² explica de manera muy adecuada esta situación:

“De hecho, todos los derechos fundamentales – desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho.

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Positivismo crítico, derechos y democracia*, 2001 [Disponible online en: www.cervantesvirtual.com/.../juspositivismo-critico-y-democracia-constitucional-0/] (Consultado el día 16 de agosto de 2017 a las 12:20)

¹⁹² *Ídem*

“Así pues, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos.”

Determinar el carácter vinculante de la Constitución dada su naturaleza de norma fundante, pero también como de fuente normativa de carácter sustancial que proporciona forma, fin y límites al sistema jurídico, es una de las condiciones del estado constitucional del derecho.

Las convenciones internacionales se suman a la consolidación del estado constitucional de derecho a partir de la aceptación del bloque de constitucionalidad, entendido este como *“el supuesto según el cual las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite.”*¹⁹³

El estándar internacional de los derechos humanos también se encuentra inmerso en la dinámica de operación del bloque de constitucionalidad, pues tal como se explica, por medio de este se identifican las normas y valores de orden materialmente constitucional, aún a pesar de no figurar referencia expresa de ellos en la norma suprema. De esta manera las convenciones internacionales en

¹⁹³ RODRIGUEZ Manzo, Graciela, Juan Carlos Arjona Estévez y Zamir Fajardo Morales, *Bloque de constitucionalidad en México*, Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2013, p. 17.

materia de derechos humanos, fijan parámetros constitucionalidad y su fundamento se encuentra dentro de los artículos 1 y 105 constitucionales.

De igual modo, Rodrigo Uprimny¹⁹⁴ da un argumento que fortalece la pertinencia de la adopción del bloque de constitucionalidad cuando señala que por medio de este mecanismo, el derecho constitucional genera una apertura al derecho internacional de los derechos humanos, ampliando la constitución con normas a las que la propia constitución les brinda rango constitucional.

A la luz de lo anteriormente expuesto, se explica la necesidad de una interpretación constitucional de las normas tributarias.

La interpretación constitucional es una herramienta destinada a establecer límites al poder del estado. Al respecto señala Francisco Laporta¹⁹⁵: *“una enorme cantidad de problemas que hasta ahora se planteaban y resolvían en el nivel de la legalidad, se proyectan ahora hacia la constitución y apelan a ella”*.

De esta manera el poder tributario del estado debe verse limitado frente a las normas de carácter constitucional. Dichas normas en ocasiones, deben ser interpretadas más allá del simple ejercicio de subsunción para volverse efectivas.

La función de los operadores jurídicos se vuelve trascendental en el ejercicio

¹⁹⁴ UPRIMNY Yepes, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, 2008, [Disponible online en: <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/1..pdf>] (Consultado el 16 de agosto de 2017 a las 18:59 horas)

¹⁹⁵ LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley, una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 328-329.

interpretativo, pues no es únicamente el juez o los tribunales quienes lo realizan, ya que el gobernado tiene a su disposición la propia constitución para elaborar sus argumentos a favor de la demostración de existencia de un acto o norma de naturaleza inconstitucional o de un acto o norma que efectivamente satisface las exigencias de la carta magna.

Lo anterior no desatiende al fin de la ley, pues lo que en realidad se hace es una adecuación de actos y normas al margen constitucional. Larenz¹⁹⁶ explica lo anterior indicando que *“la ley será corregida siempre que lo exija el mantenimiento de la preeminencia valorativa del derecho fundamental en el caso particular, entonces ya no se trata de una simple interpretación, sino de una corrección de la ley orientada por las normas constitucionales por la preeminencia valorativa de determinados bienes jurídicos que de ellas se deducen”*.

La importancia de que las normas tributarias sean interpretadas desde la constitución, radica en el hecho de que es una manera de vislumbrar el alcance que tienen los principios consagrados en la misma frente a la relación que existe entre el gobernado y el estado en asuntos fiscales.

Una de las maneras en las que el alcance es logrado, es a través de la jurisprudencia constitucional. Se puede debatir al respecto de la volatilidad que posiblemente deriva de la interpretación jurisprudencial debido a la condición dinámica del derecho y de cómo esto se reflejaría en una potencial variedad de

¹⁹⁶ LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, pp. 338-339.

interpretaciones que harían asumir que algo que hoy es constitucional, quizá mañana no lo sea y viceversa; sin embargo no debe perderse de vista la característica de progresividad de los derechos humanos para evitar caer en un escenario de restricción o revocación de los mismos.

2.2.2. Principios y Reglas

La constitución y las convenciones Internacionales instituyen los principios que dan naturaleza y esencia al ordenamiento jurídico, de tal forma que las normas fuera de las dos anteriores disposiciones, no podrán ir en contra de ellas de ninguna manera.

Existe un vínculo que une los principios de la materia tributaria con la relación jurídica de las partes, pues no resulta viable pensar que la carga de obligaciones solo constriñe al estado, dado que también se contemplan las cargas administrativas que tienen los particulares para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, no solo a nivel pecuniario, sino en aspectos que van más allá de la propia recaudación.

En este orden de ideas, Juan Rafael Bravo Arteaga¹⁹⁷ define a tal vínculo como: *“la relación tributaria- entendida como una relación jurídica, nacida de la Ley y que consiste en una prestación de dar a favor del Estado y a cargo de un particular,*

¹⁹⁷ BRAVO Arteaga, Juan Rafael, *Nociones fundamentales de derecho tributario*, 1997, [Disponible online en: https://books.google.com.mx/books?id=Ax7ocva1hc4C&pg=PA188&pg=PA188&dq=naturaleza+de+la+relacion+juridica+tributaria&source=bl&ots=x_gH4EE5d&sig=790fJcPa36mvF5opzzexaObZe9o&hl=es&sa=X&ei=L57eULXuAeiE2gW1ooCwDA#v=onepage&q=naturaleza%20de%20la%20relacion] (Consultado el 14 de agosto de 2017 a las 22:16 horas)

con el fin de atender a las cargas públicas generalmente no se encuentra aislada, sino que se presenta acompañada de un conjunto de deberes, que generalmente de hacer o de no hacer, que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria principal.”

El artículo 31 constitucional en su fracción IV, establece que las cargas fiscales no deberán ser arbitrarias, puesto que en el mismo se instituye que se deberán de tomar en cuenta los principios de proporcionalidad, equidad, legalidad al mencionar que tienes que estar normadas jurídicamente y destinadas al gasto público.

Las normas jurídicas tributarias, en las características y modalidades propias de su contenido, para su validez y aplicabilidad, deben de estar supeditadas a respetar y adecuarse a esos principios fundamentales; en caso contrario, los afectados por sus disposiciones estarían legitimados para demandar su inconstitucionalidad a través de los mecanismos jurisdiccionales correspondientes.

El Diccionario de la Lengua Española¹⁹⁸ señala que el término “*principio*” significa, “*primer instante del ser de algo; punto que se considera como primero en una extensión o cosa; base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia; cualquiera de las primeras proposiciones o*

¹⁹⁸ Diccionario de la Lengua Española, *Principio*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>] (Consultado el 14 de agosto de 2017 a las 22:24 horas)

verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes y norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”.

Los principios en el ámbito del derecho, son aquellos que instituyen los lineamientos que se deberán de tomar en cuenta por toda norma jurídica, con el objeto de proporcionar validez a la misma en la búsqueda de certidumbre legal en su aplicación.

Son pautas en donde de forma intrínseca se encuentran los lineamientos básicos de todo orden jurídico y que de alguna manera brindan el sentido del derecho vigente. Cada ordenamiento tiene principios y de esta forma fungen como verdaderas herramientas frente a los problemas o necesidades de interpretación del derecho a la luz de la realidad.

Para entender la problemática que implica la mala estructuración y la restricción en el alcance de la declaratoria general, resulta indispensable abordar el tema de las reglas y de los principios en razón de que a partir del artículo 1º constitucional y su contenido, se vuelven temas intrínsecos a cualquier mecanismo o institución que tenga como eje rector la protección a los derechos humanos.

Al hablar de principios y reglas se hace referencia a las normas, por ello es necesario saber distinguir la clase de normas. A pesar de que existen tesis que establecen que la distinción entre un concepto y el otro radica en el grado, lo cierto es que esto se configura como un sustento débil fundado en su generalidad. Lo

correcto sería establecer la distinción o la separación de estos, fundamentada en aspectos cualitativos.

Por otra parte, Jorge Machicado¹⁹⁹ estipula que los principios son “*axiomas que plasman una determinada valoración de justicia de una sociedad; sobre estos principios se construyen las instituciones del derecho y determinan el contenido de las normas jurídicas del Estado.*” Concuero completamente con esta definición, pues como se ha expuesto, los lineamientos o las nociones ideológicas contenidas en los principios, incluyendo la de justicia, son ejes rectores en la conformación de un orden jurídico.

Las reglas pretenden prescribir las conductas convenientes para el buen funcionamiento de la vida colectiva. Las reglas pueden ser asumidas como la materialización o positivización de las indicaciones contenidas en los principios.

Al respecto de la distinción entre principios y reglas, Dworkin señala que las reglas son aplicables en una forma de 100% contra 0% -todo o nada-, mientras que con los principios dicho ejercicio no es posible. Las reglas existen y sus consecuencias jurídicas deben ser aceptadas pues de lo contrario no tendría validez alguna.²⁰⁰

¹⁹⁹MACHICADO, Jorge, “*¿Qué Es Un Principio?*”, Apuntes Jurídicos™, 2013. [Disponible online en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html>] (Consultado el 14 de agosto de 2017^a las 22:39 horas)

²⁰⁰ SUAREZ Rodríguez, José Julian, *El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista*, Revista Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas, Vol. 12, No. 22, enero-junio 2012, pp. 57-75.

Frente a la colisión de las reglas, el sacrificio de una por otra es el remedio. Por su parte, con los principios no es necesario realizar el sacrificio que con las reglas se hace, puesto que como el teórico norteamericano afirma, proporcionan razones y dimensiones de peso dirigidas a favor de una decisión; así pues, la colisión de los principios no tiene por qué invalidar a uno frente al otro como sucede con las reglas, es decir, al caso en concreto, se opta por aquel que conlleve a la protección del bien jurídico tutelado que tenga un mayor peso como resultado de la ponderación de los mismos, sin que uno extinga al otro.

Asimismo, Ronald Dworkin en su obra *“Los derechos en serio”*, brinda un acercamiento a esta teoría de principios en contraposición contra las corrientes positivistas más actuales que tienen a Hart como uno de sus estandartes.

Dicho acercamiento es a la luz del escenario de la discreción judicial, como un método de solución de conflictos derivados de los llamados ‘casos difíciles’ y que Dworkin²⁰¹ explica al mencionar: *“el modelo positivista de la discreción judicial reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. En los casos difíciles el juez tiene discrecionalidad en el sentido fuerte. Este modelo defiende el poder político del juez y le permite la aplicación de normas retroactivas. El derecho no ofrece respuestas correctas sino una variedad de posibles respuestas. El juez elige discrecionalmente entre ellas.”*

²⁰¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Madrid, 1989, p. 20.

Por otra parte, Hart desde sus postulados reconoce que las normas jurídicas tienen límites inciertos; y si bien considera la existencia de casos difíciles, da cuenta de que para ellos no existe respuesta correcta de forma previa a la decisión del juez.²⁰² No se deja de considerar al derecho más que como un simple y llano conjunto de normas jurídicas.

Por lo anterior, desde la corriente positivista se considera que la discrecionalidad del juez –aún fundada en principios-, atenta con la certeza del derecho y por ende, con la seguridad del individuo, siendo que si el juez llega a crear derecho como lo asumen en este supuesto, la teoría de la división de las funciones del poder público no se mantendría. Este es uno de los pilares que soportan los postulados que integran la teoría positivista de Hart frente a la discrecionalidad fundada en principios.

A pesar de la aparente contundencia que este posicionamiento tiene frente al caso en contexto, Dworkin²⁰³ construye una teoría general del derecho que da cuenta de los casos difíciles intentando asegurar los derechos del individuo:

“En torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse aún más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros

²⁰² PÉREZ JARABA, MARÍA DOLORES, *Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart*, 2010 [Disponible online en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543/485>] Consultado el 14 de agosto de 2017 a las 22:51 horas]

²⁰³ DWORKIN, Ronald, *Op. Cit.*, p. 72.

tipos de pautas. El positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto lo importantes papeles de aquellos estándares que no son normas”.

En este sentido, Dworkin pretende fundamentar una función garantizadora y no creadora. En razón de lo anterior, el juez debe obligarse a fundamentar siempre las decisiones que toma, sustentarlas en la teoría. Es entonces así como el derecho no se ve reducido a un simple conjunto de normas, sino que también se ve contenido de principios. Los principios se caracterizan por su contenido y fuerza argumentativa; dan razones para decidir en un sentido u otro, pero ellos no determinan las condiciones de aplicación de la norma.

La propuesta de Dworkin radica en la importancia de que el juez tome en cuenta el principio correspondiente para el caso difícil específico; así es como se evita la discrecionalidad que tanto critica Hart. El posicionamiento se robustece cuando señala que cualquier norma se funda en un principio.

Por otro lado, Robert Alexy²⁰⁴ en su obra *Derecho y Razón Práctica*, da un claro ejemplo del ejercicio anteriormente mencionado, con origen en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán. En el mismo se da un conflicto entre la norma jurídica del Estado federal (*Bund*) y una norma del *Land*, que detalla de la siguiente manera: *“La norma del Land establecía una prohibición a la apertura de puestos de venta los días miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma*

²⁰⁴ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006. p. 11.

federal lo permitía hasta las 19 horas. Fundado en la Ley Fundamental alemana, el derecho federal prevalece sobre el derecho del Land, por tanto se anula la norma jurídica del Land.” En este caso se está frente a una solución a un conflicto de reglas.

Una vez más Alexy²⁰⁵ pone en la mesa otro ejemplo del ejercicio en función de los principios, al señalar la decisión del tribunal sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado en riesgo de sufrir un infarto y un ataque de apoplejía en ese periodo: *“Por un lado, la Ley Fundamental reconoce el derecho del individuo a la vida y a su integridad física y por otro lado el principio del Estado de Derecho en cuanto a la obligación de garantizar el máximo respeto a las instituciones del derecho penal.”*

Ante ello, el tribunal realizó un ejercicio ponderativo para poder resolver que en el caso en concreto no se puede dar un trato de reglas a situaciones que de fondo son principios, pues esto conduciría a la invalidación de una institución que resulta tan importante para la vida y sustento del estado como para la salud, para la vida y sustento del inculpado señalado, sin embargo, frente a este caso de tensión, ninguno de los principios de máxima optimización, goza primacía sobre el otro. En palabras de Alexy²⁰⁶: *“al principio que juega un sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara invalido”.*

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 13.

Por último, y como parte complementaria a los reforzamientos que Alexy hace a la teoría de Dworkin, se señala que los principios se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, y su cumplimiento no solo dependerá de las posibilidades fácticas, sino de las posibilidades jurídicas. La reglas exigen cumplimiento pleno y a partir de ello pueden ser cumplidas o no.

2.2.3. Estabilidad financiera del Estado

La Corte ha fungido tradicionalmente como protector de los intereses del estado; frente a la instauración de la declaratoria general de inconstitucionalidad no sería la excepción. Esto queda de manifiesto con el hecho de no contemplar a las normas de carácter fiscal como objeto de estudio en un mecanismo como este, que busca dar efectos generales a su resolución frente a una norma reconocida por la propia autoridad estatal como inconstitucional.

El fundamento sobre el cual se posiciona la negativa de producir efectos generales a la inconstitucionalidad declarada de una norma, tiene su base en el principio de la estabilidad financiera del estado. Este concepto es definido por el Banco Central Europeo (BCE)²⁰⁷ como *“una situación en la que se previene la acumulación de riesgos sistémicos. Riesgo sistémico puede definirse como el riesgo de que la provisión por parte del sistema financiero de productos y servicios financieros necesarios se obstaculice en tal medida que el crecimiento económico*

²⁰⁷ El BCE realiza un seguimiento del sector bancario de la zona del euro y del conjunto de la UE, así como de otros sectores financieros, para detectar vulnerabilidades y comprobar la capacidad de resistencia del sistema financiero. [Véase en <https://www.ecb.europa.eu/ecb/tasks/stability/html/index.es.html>](Consultado el día 15 de agosto de 2017 09:55 horas)

y el bienestar puedan verse afectados significativamente.” Esta concepción de la estabilidad tiene un enfoque preventivo.

Por otra parte, existe una perspectiva que vislumbra a la estabilidad financiera como aquel plano donde la inestabilidad no existe; finalmente, habrá quien la entienda como el mantenimiento de la habilidad por parte del estado para poder manejar sus recursos y dirigirlos a la satisfacción de necesidades.²⁰⁸

Para poder establecer un concepto sencillo, habría de asentarse que la estabilidad financiera del estado es la condición económica y de financiamiento del ente estatal, en la cual se permite hacer uso de los medios con los que cuenta, ya sea por la generación de insumos, tecnologías y recursos que adquieren un cierto valor comercial que le permite entrar al mercado global, o por la recaudación de impuestos y el cobro de bienes, servicios y derechos a sus gobernados.

Esta última situación de la actividad hacendaria, es la que forma parte de las razones por las cuales la declaratoria general no se permite ser empleada para declarar con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad de una norma fiscal. En razón del uso de presunciones de hechos, fundadas en lo que anteriormente fue explicado como categorías sospechosas, se teme que al suceder esto, pueda traer repercusiones tales que lleven al estado a una situación de quiebra o de deuda

²⁰⁸ PONCE, Jorge y Magdalena Tubio, *Estabilidad financiera: conceptos básicos*, Banco Central de Uruguay 2010, [Disponible en <http://www.bvrie.gub.uy/local/File/doctrab/2010/4.2010.pdf>] (Consultado el día 15 de agosto de 2017 a las 11:32 horas)

extrema por el cumplimiento de un mandato estipulado desde las primeras páginas constitucionales.

La justificación de la excepción tributaria radica en que se prevé que dicha inestabilidad financiera ocasionaría una serie de males que repercutirían en todas las actividades, produciendo un efecto negativo, principalmente cuando ello ocurre en un país con una economía tan delicada como la nuestra, produciendo pánico en los sectores sociales, siendo capaz de destruir los fundamentos de un comportamiento económico o de una estructura política como la mexicana.

Es evidente que la justificación legislativa de la imposición de la excepción en mención, no tiene más fundamento que una política proteccionista estatal, pues tal como Jorge Ponce lo señala, la estabilidad de un sistema financiero estatal no depende únicamente de una política protectora de derechos humanos, pues esta es el resultado de la actuación conjunta de diversas autoridades operadoras, evaluadoras, supervisoras, etcétera. No hay un solo detentor del poder o la responsabilidad de la estabilidad financiera, pues es un concepto y una realidad multidimensional de responsabilidades múltiples que se ejercen de manera coordinada.²⁰⁹

²⁰⁹ PONCE, Jorge y Magdalena Tubio, *Estabilidad financiera: conceptos básicos*, Banco Central de Uruguay 2010, [Disponible en <http://www.bvrie.gub.uy/local/File/doctrab/2010/4.2010.pdf>] (Consultado el día 15 de agosto de 2017 a las 11:32 horas)

No se puede establecer un discurso con la naturaleza que el legislativo impregna, en un país como México dónde la corrupción es un tema y problema de proporciones titánicas, del que constantemente salen a la luz hechos y evidencias de su aparición y efectos a nivel social. La estabilidad financiera no corre más peligro por la aplicación de mecanismos de control constitucional y protectores de derechos humanos que por las malas prácticas cotidianas de la administración estatal.

2.2.4. Principios de justicia tributaria

El vínculo jurídico por medio del cual los gobernados se obligan a sufragar el gasto público, se encuentra en la propia constitución, pero no solamente se limita a configurarse como una relación de obligaciones sin prerrogativas. Se contemplan además principios, que si bien son reconocidos por la propia norma fundamental, también forman parte del bagaje de mandatos de optimización a nivel internacional.

En este sentido, Arrijo Vizcaíno²¹⁰ ha mencionado que la constitución instituye los principios fundamentales de la totalidad de la estructura jurídica de un estado, mediante una serie de enunciados de carácter general que provocan que las demás normas que de ella emanen deban adecuarse a la naturaleza de tales postulados y nunca contradecirlos o alterarlos.

²¹⁰ ARRIOJA Vizcaíno, Adolfo, *Derecho fiscal*, Themis, México, 2000, p. 209.

La rama tributaria no podría entenderse como un apartado del derecho dentro del marco del estado constitucional, si no se reconociera la naturaleza deontológica y principalista de la misma. La justicia tributaria se compone de principios que la configuran como una directriz en la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas de este rubro.

Por su parte, Calvo Ortega²¹¹ resalta la importancia de la constitución en la construcción de la justicia tributaria cuando señala que: *“La principal herramienta de transformación de lo que se puede llamar derecho tributario tradicional, ha sido el establecimiento en las Constituciones de principios tributarios concretos”*. De esta manera es que la constitución juega un papel determinante en la generación de los principios que habrán de ser observados en la materia tributaria.

La relación jurídica tributaria consiste en el vínculo personal entre el estado, denominado en sus elementos de tal relación como sujeto activo, y el contribuyente nombrado como sujeto pasivo, naciendo mediante el hecho generador o hecho imponible establecido en la ley.

La constitución asume el vínculo como una relación de supra a subordinación, en la que el imperio estatal puede convertirse en un factor de peso excesivo en contra del gobernado, por tanto, establece que las cargas fiscales no deberán ser arbitrarias, puesto que instituye que se deberán de tomar en cuenta los principios

²¹¹ CALVO Ortega, R., *“Hacia un nuevo derecho tributario”*, 2004, Revista Foro, Nueva época, núm. 0, p. 61.

de proporcionalidad, equidad y legalidad al mencionar que tiene que estar normado jurídicamente y destinado al gasto público. Sobre esta misma línea, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterios que dan sustento al hecho de que la potestad tributaria del estado no es absoluta, pues se encuentra limitada por tales principios constitucionales.²¹²

Con anterioridad se ha abordado el tema de la naturaleza de las normas tributarias. Al respecto se ha reconocido la dualidad que guardan por cuanto ve a su aspecto político y jurídico. Se reconoce que cada uno de los enfoques guarda una esencia particularmente distinta, pero esto no se aleja del hecho de que se cuenta con una base de corte constitucional y convencional que crea y da validez la norma; dicha base, de igual forma está inmersa en principios que aun etiquetándolos de 'tributarios', no desatenderán a la necesidad de hacer prevalecer la justicia y la equidad. Estos principios tributarios son rectores del sistema y deben obtener el mayor grado de optimización para no contravenir a lo dispuesto en la esencia de los derechos fundamentales.

A continuación se hará un breve repaso algunos principios que se han consolidado como pilares o ejes rectores de lo que debe ser considerado al intentar construir una definición de la justicia tributaria.

²¹² Tesis Aislada P/J 4543/68, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, Volumen 80 primera parte, agosto de 1975, p 13, registro 232834, Rubro: *CONGRESO DE LA UNION, FACULTAD IMPOSITIVA DEL. LIMITACIONES. PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD.*

Principio de Legalidad

Este principio es toral a la luz del objetivo y las aspiraciones que dieron origen a la constitución. Referirse a la legalidad implica hacer alusión a un estado de conformidad con la ley. Hablar de legalidad conduce a la necesidad de asegurarse de que todos los actos de autoridad están fundados y motivados en la ley o en el derecho vigente de un estado.

La constitución se conforma por disposiciones tanto de forma como de fondo. Estas disposiciones marcan la pauta para guiar los actos de la autoridad. Los procedimientos jurídicos que el estado despliegue, tienen como primer círculo de revisión de legitimidad, aquel en el que se dé certeza del apego a lo dispuesto por la norma fundamental.

Resulta imposible hablar de un verdadero estado democrático en el que las instituciones desatiendan a su obligación de constreñirse al mandato constitucional; de ser así, los atentados a la libertad y dignidad de las personas por parte de la autoridad, se convertirían en el claro reflejo de un lento o nulo desarrollo democrático. Los derechos humanos se protegen en la medida en la que el desarrollo democrático de un estado avanza.

Es indispensable revisar por partes los elementos que integran este principio, con la finalidad de que no se preste a una interpretación limitada del mismo que traiga consigo el entendimiento de una aplicación o protección parcial.

Tradicionalmente se vinculó a este principio con el estricto apego del actuar de la autoridad a la ley. No obstante lo anterior, esta noción simplista conduce a deducir que el órgano legislador podría excluirse de tal paradigma; nada más fuera de la realidad.

¿Qué es la ley? Desde un punto de vista formal, es natural responder que es el producto del actuar de un órgano que tiene facultades específicas para poder plasmar en el instrumento correspondiente la 'voluntad del pueblo' por el cual ha sido elegido. Es decir, es el resultado del proceso legislativo.

Al entender de esta forma a la ley, se asume que el mandato inmerso en su contenido tiene calidad vinculante tanto para el órgano ejecutivo como para el judicial, pero ¿qué pasa con el legislativo? Desde dicho posicionamiento, este órgano sería libre de quedar sujeto a un sistema de control que regule su actuar; lo anterior justificado en la investidura soberana que su origen le atribuye.

Claramente esto no es lo que se pretende consolidar en una sociedad occidental, moderna y garante de la protección a los derechos humanos. En el mejor de los casos, este escenario conduce a un estado de mera legalidad y en el peor, a una

desproporción de fuerza y falta de equilibrio a la luz de la teoría de la división e independencia en el ejercicio del poder público.

Desde un punto de vista material, la ley debe ser entendida no solo como producto del proceso legislativo, sino en una acepción general: como un derecho objetivo. En este sentido se comprende a la ley en su origen más remoto, se entiende en su esencia, misma que no nace del órgano legislativo, sino de la constitución.

Es así como cualquier órgano de autoridad en ejercicio del poder público, debe tener su límite y sus márgenes de actuación, de conformidad con la norma suprema, llámese ejecutivo, judicial y por supuesto legislativo.

Por ello, Luigi Ferrajoli²¹³ se suma al desarrollo de una forma de pensamiento, consciente de la importancia del principio de legalidad cuando explica que *“allí donde el principio de legalidad valga en relación a los poderes Ejecutivo y Judicial, estaremos frente a un Estado de derecho (sin ulteriores especificaciones); allí donde el principio de legalidad se extiende también al poder legislativo, estamos frente a un Estado constitucional de derecho.”*

Se ha explicado con anterioridad la importancia y necesidad de la consolidación del estado constitucional de derecho. Los derechos fundamentales que deben ser protegidos a través de las garantías destinadas para ello no nacen en la ley, sino

²¹³ FERRAJOLLI, Luigi. *Diritto e ragione...*; cit. Nota 2, capítulo XIII; Zagrebelsky, Il diritto mite. Legge, diritto giustizia, Turín, 1992, ii (trad. Al castellano de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995); Guastini, Quindici lezioni di diritto costituzionale 2, Turín, 1992, III.

en el reconocimiento que de ellos hace tanto la constitución como los tratados internacionales por medio de mecanismos que aseguren el control de constitucionalidad y convencionalidad a un nivel de discrecionalidad interpretativa más amplio en beneficio de la persona.

Toda ley que sea constitucionalmente ilegítima, debe ser considerada inválida al no atender al principio de legalidad desde un sentido sustancial.²¹⁴ Hablar del sentido sustancial del principio de legalidad es ir más allá del control de los actos en sujeción a la ley; significa valorar o llevar a cabo el control de la ley en sí misma, a la luz de la constitución: la validez de la ley. Este sentido, resulta en demasía importante el determinar la permanencia o no de una norma vigente, incluso se convierte una condición del principio de legalidad en sentido formal, toda vez que como efecto dominó, una causa a la otra.

Una vez comprendido que la legalidad sustancial nace del orden constitucional, sería imposible pensar que puede haber legalidad –aún con forma- en una norma

²¹⁴ Desde la doctrina italiana, el principio de legalidad ha sido abordado al tenor de tres formas o reglas que permiten vislumbrar grados de discrecionalidad diferentes en función de la posición que se adopte. La primera de ellas implica que se cumple con dicho principio siempre y cuando el acto de autoridad no esté en contraste con la ley, a esto se le llama preferencia de la ley. La segunda noción del principio en alusión señala que los actos de autoridad se tildarán de legales siempre y cuando estén expresamente autorizados por la ley. En esta visión se habla del sentido formal del principio de legalidad. Finalmente, un tercer posicionamiento establece que será inválida toda ley que confiera un poder sin regularlo en su totalidad. Es necesario revisar que para este tercer posicionamiento el acto de autoridad en mención se acota específicamente a la ley, por tanto, aquella que no cumpla con ello, será constitucionalmente ilegítima. A esto se le llama principio de legalidad en sentido sustancial. Véase en DOMENECH Pascual, Gabriel, *El principio de legalidad y las potestades administrativas*, 2014 [<http://www.uv.es/gadopas/2014.principio.legalidad.potestades.administrativas.pdf>] (Consultado el 21 de agosto de 2017 a ñas 14:33 horas)

que nazca sin atención a los preceptos de la ley fundante que regule a los poderes públicos, incluyendo al legislador.

Al hacer alusión al verbo 'regular', es imprescindible recordar que tal como sucede con la noción del principio de legalidad, este puede ser entendido en distintas acepciones o contextos. El primero de estos es el que dota un peso débil al término, pues lo relaciona con circunscribir estableciendo límites negativos. El segundo sentido es más fuerte pues vincula en sentido positivo predeterminando el sentido de los actos de autoridad.²¹⁵

La disyuntiva legislativa con sus niveles de regulación, no solo se queda al margen del espíritu de la norma, sino también cuando se relaciona con el ejercicio del poder público desde el plano de la administración pública, al tratar de establecer las facultades o poderes concedidos por la ley a los diferentes órganos de autoridad.

En materia tributaria, el principio de legalidad tiene dos aspectos tal como lo señala Humberto Delgadillo:²¹⁶ 1) debe encontrarse en el establecimiento de las contribuciones (sustancial y formal) y 2) sobre la actuación de las autoridades (niveles de regulación). Es decir, para que exista la garantía de legalidad tributaria,

²¹⁵ La garantía de protección a los derechos subjetivos de las personas dependerá de esta situación. Entre más regulada esté la actividad de la autoridad en ejercicio del poder público, más protegidos estarán dichos derechos. Por el contrario, si la regulación es nula y se permite una máxima discrecionalidad a la autoridad, los derechos estarán en demasía desprotegidos o garantizados.

²¹⁶ DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto, Principio de Derecho Tributario, Limusa, México, 2003, p. 53.

no basta con que la norma o la contribución en su caso, esté contenida formalmente en el ordenamiento, sino que también deben contenerse todos los elementos de la misma fin de dotar de certeza jurídica a las personas de que tanto las obligaciones y prerrogativas de ellas, como de la autoridad, están sujetas al marco constitucional que garantice la máxima protección a sus derechos fundamentales.

Principio de igualdad

La igualdad puede ser estudiada en dos vertientes: como igualdad en la ley y como igualdad ante la ley.²¹⁷

Hablar de igualdad ante la ley implica que los órganos de autoridad –sean jurisdiccionales o administrativos- tienen la obligación de actuar de forma imparcial, a fin de evitar conductas arbitrarias que vulneren los derechos de las personas. Esta idea se resume en la clásica máxima que invita a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Por otro lado, la igualdad en la ley implica la generalidad de la norma al ser creada por el órgano legislativo, es decir, no emitir leyes de carácter privativo que den pie a conductas discriminatorias.

Trasladar el principio al campo tributario no fue una tarea sencilla. Primeramente fue producto de una conquista social nacida de la exigencia de pagar impuestos

²¹⁷ DÍAZ García, Iván, *Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto. Iusfundamentalidad y consecuencias*, Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012, pp. 33-76.

más asequibles. Sin embargo, una vez que fueron derrumbados los viejos órdenes políticos, comenzó la ardua labor de hacer operativa una concepción ideológica en el plano de la real aridez fiscal, trabajando en la unificación de criterios que uniformaran la manera en la cual los contribuyentes aportarían en un plano de paridad en atención a las capacidades económicas.

Con el paso del tiempo, la igualdad implicó asumir que todas las personas son 'iguales' ante la ley, y que tienen el derecho a que sus derechos sean reconocidos para ejercerlos y hacerlos valer frente a la autoridad, de tal manera que las cargas tributarias sean repartidas de forma 'justa'.

Esta noción puede ser incluso bien llamada equidad, al referirse a paridad de oportunidades. Una vez que se aterriza lo anterior, se puede entender que para efectos tributarios, hablar de igualdad no exclusivamente se traduce en tratar fiscalmente igual a los desiguales, sino dar tratamiento con paridad a lo que es igual; todo siempre en atención de los contextos en particular.

A pesar de lo anterior, no se debe considerar como una regla intocable, pues tiene una excepción, dado que el trato desigual frente a situaciones iguales es permisible siempre y cuando se encuentre fundamentado en reglas razonables que atiendan a la discrecionalidad tratada en el punto anterior, pero sin que se llegue a la arbitrariedad; esto es diferenciación fundamentada.

Principio de generalidad

Este principio debe ser entendido en el sentido de que por medio de él, se pretende que no exista algún tipo de discriminación arbitraria al establecer los impuestos.

Puede ser confundido con el principio de igualdad, pero a pesar de ser superficialmente similares, tiene sus particularidades específicas.²¹⁸ Este principio no atiende a que todos tengan que pagar impuestos, ni en las mismas proporciones; en realidad atiende que todos los que se encuentren en el supuesto de hecho contenido en la norma general específica, son quienes deben ‘soportar la carga’ de la imposición intrínseca en ella sin excepciones arbitrarias. La ley es para todos.

En este orden de ideas, Eduardo Figueroa²¹⁹ se manifiesta sobre dicho principio señalando que *“la ley tributaria ha de tener aplicación sobre todos los contribuyentes que se encuentren en las circunstancias contempladas por el legislador al establecer la regla de derecho, de modo tal que los impuestos los paguen todos aquellos que están en la situación objetiva contemplada en la ley”*.

²¹⁸ SIMÓN Otero, Liana, *Los principios de justicia tributaria en la historia constitucional cubana, Cuestiones constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 25, julio-diciembre 2011, p. 216.

²¹⁹ FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo, *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 185.

Este principio se consolida como un complemento del principio de igualdad para poder así construir uno más amplio: el de justicia; en específico la justicia fiscal. Por medio de las leyes fiscales, el estado cumple con su labor de establecer los mecanismos de recaudación necesarios para poder mantener en buenos niveles las condiciones de desarrollo de cada uno de sus habitantes.

Por su parte, los gobernados cumplen con el papel que les toca al no pasar por alto las obligaciones o las cargas contributivas que de las leyes nacen. Estas leyes tienen la característica de generalidad, comprendiendo a todos los sujetos que se adecúen al supuesto de hecho contenido en la norma jurídica.

Hablar de generalidad no es hablar de uniformidad. Ser general implica la aplicación a todas las personas que se coloquen en las diferentes hipótesis normativas de la ley. Va dirigido a los que se posicionen en el supuesto. La uniformidad supone aplicación total e igualitaria, sin miramientos por parte de la autoridad, más allá de las particularidades de cada uno de los receptores; un acto potestativo en su máxima expresión.

Al igual que como se hizo la relación de la generalidad con el principio de igualdad, se puede considerar que dicho principio tiene una relación directa con el principio de legalidad en materia tributaria. Esto se explica atendiendo a que toda obligación fiscal debe estar contenida en una ley para poder considerar que dicha carga es válida y eficaz.

Para poder referir que una ley y su contenido son válidos y eficaces, se debe verificar que esta cumpla con la generalidad como uno de los principales atributos de cualquier norma emitida por el órgano legislativo. Todas las relaciones que surgen dentro del marco jurídico en materia tributaria, derivan de la norma que da esencia a una ley, por tal razón, todo lo que engloba el derecho tributario forzosamente estará vinculado a normas jurídicas.

En síntesis y plantado totalmente en el terreno de lo fiscal, debe entenderse que solo deberán pagar los impuestos correspondientes, las personas –físicas o morales- que se encuentren dentro de la hipótesis prevista en las leyes fiscales. Al respecto Ernesto Flores²²⁰ señala que: *“el principio de generalidad no significa que todos deben pagar todos los impuestos, sino que todos los que tienen capacidad contributiva paguen algún impuesto. Sin embargo, este principio puede aplicarse a cada impuesto individualmente considerado, y entonces debe interpretarse en el sentido de que el impuesto debe gravar a todos aquellos individuos cuya situación coincida con la que la ley señala como hecho generador de crédito fiscal, sin excepciones.”*

Para finalizar el apartado de este principio, el Tribunal Supremo de España lo ha descrito de manera adecuada en su sentencia del 2 de junio de 1986 estableciendo:

²²⁰ FLORES Zavala, Ernesto, *Finanzas Públicas Mexicanas*, Porrúa, México, p. 179.

“la generalidad como principio de la ordenación de los tributos...no significa que cada figura impositiva haya de afectar a todos los ciudadanos. Tal generalidad, característica también del concepto de Ley, es compatible con la regulación de un sector o de grupos compuestos de personas en idéntica situación. Sus notas son la abstracción y la impersonalidad; su opuesto, la alusión intuitu personae, la acepción de personas. La generalidad, pues, se encuentra más cerca del principio de igualdad y rechaza en consecuencia cualquier discriminación”²²¹

Principio de proporcionalidad y equidad.

Habitualmente los conceptos de proporcionalidad y equidad son confundidos o tratados de manera indistinta a pesar de que en esencia existen diferencias. Si bien es cierto materialmente son interdependientes, también resulta cierta la necesidad de explicarlos para no confundirlos, para entender mejor su funcionamiento y su empleo en la actividad tributaria.

El fundamento de dichos principios se encuentra desde la fracción IV del artículo 31 constitucional, al establecer que dentro de las obligaciones de los mexicanos se encuentra: *“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”*.²²²

²²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de España, 2 junio de 1986, asunto 10524/1986 [Disponible online:<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&referen ce=4400560&links=generalidad&optimize=199601111>] (Consultado el 14 de agosto de 2017 a las 11:26 horas)

²²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 31, *Diario Oficial de la Federación*, 1917, última reforma publicada DOF 24-02-2017

Hablar de proporcionalidad implica que tanto las cuotas relacionadas a los impuestos, así como la interpretación de las leyes que los generan, deben ser realizadas en función de la capacidad económica contributiva de los gobernados. No se debe perder de vista que el tributo en ningún momento pierde su naturaleza de carga impositiva, por tal razón la consecuencia natural es una afectación real al patrimonio del contribuyente; a pesar de eso, dicha carga debe ser razonable respecto de los ingresos individuales de cada contribuyente al cual vaya dirigido la norma.

La finalidad del principio de proporcionalidad tributaria se logra estableciendo mecanismos que garanticen que en el pago de las tarifas correspondientes, las personas que tengan mayores ingresos, tributarán en mayor medida –siempre atendiendo a la justa razón- que aquellos cuya capacidad contributiva se encuentra más reducida.

Refuerza el anterior comentario, la noción del tratadista Héctor Villegas²²³ que señala que *“este principio exige que la fijación de contribuciones concretas de los habitantes de la nación sea en proporción a sus singulares manifestaciones de capacidad contributiva, ya que lo deseado es que el aporte no resulte desproporcionado en relación a ella”*.

²²³ VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas. Derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 206.

Hablar de equidad como principio, puede conducir a que se confunda con la igualdad. A pesar de ello, considero que este principio en específico es el que más puede adecuarse a la materia tributaria. Para brindar fundamento en busca de comprensión de este principio y el papel que juega en la teoría, resulta indispensable hacer mención a las nociones que se tienen respecto del concepto referido.

Desde Ulpiano hasta Tomás de Aquino, hablar de equidad implicaba voluntad; la voluntad humana por medio de la cual en forma constante se daba a cada cuál lo que le correspondía.

El Diccionario de la Lengua Española²²⁴ al definir a la equidad ‘sustituye’²²⁵ la palabra voluntad por ‘ánimo’ al definirla como *“la igualdad de ánimo; la justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva: disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que se merece”*.

Siguiendo con el diccionario, se define a la igualdad como *“la conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad; correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente forman un todo; ante*

²²⁴ Diccionario de la Lengua Española, Equidad, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=FzCUhhq>] (Consultado el 18 de agosto de 2017 a las 11:20 horas)

²²⁵ Usé comillas al referirme a la acción de sustitución que hace el diccionario al cambiar la palabra voluntad, puesto que la esencia de las concepciones tradicionales se mantiene. A pesar de ello, etimológicamente es correcto relacionar el ánimo con la voluntad.

*la ley, principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”.*²²⁶

Para Guillermo Cabanellas²²⁷ *“la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio y se adapta a su naturaleza íntima”.*

Como clave de la anterior concepción, el autor señala la existencia de una relación armónica entre las partes y una adaptación a la naturaleza de la misma.

Por otro lado, José Luis Zabala Ortiz²²⁸ señala que este principio es el que mayor trascendencia tiene al referirse a la actividad tributaria del estado. Lo anterior en razón de que fundado en este principio, el estado al ejercer su potestad para establecer los tributos, debe hacer la valoración correspondiente al contexto social hacia el cual van dirigidas dichas determinaciones, con la finalidad de evitar generar tributos que traigan consigo un escenario de falta de proporcionalidad, que de forma arbitraria grave con tributos que causen una carga desigual entre los gobernados.

Es importante hacer énfasis en el concepto de ‘carga desigual’, puesto que lo que se pretende no es que unos paguen y otros no, sino que la carga representativa de dicho tributo sea acorde a las capacidades de cada uno de los gobernados.

²²⁶Diccionario de la Lengua Española, Equidad, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>] (Consultado el 18 de agosto de 2017 a las 11:22 horas)

²²⁷ CANABELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo III, Editorial HELIESTA, Buenos Aires, 2003, p. 491.

²²⁸ ZABALA Ortiz, José Luis, *Manual de Derecho Tributario*, Editorial Jurídica CONOSUR, Buenos Aires, 2001, p. 17.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se encuentra también la noción de equidad de Luis Humberto Delgadillo, que la identifica como “*el impacto del gravamen, que debe ser el mismo para todas las personas que se encuentren colocadas en la misma circunstancia contributiva.*”²²⁹

Es así como se da cuenta de que la equidad tributaria es un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios, o la imposición de gravámenes entre los gobernados para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados, es decir, sin consultar la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión.

La equidad entonces debe entenderse en un sentido horizontal y en sentido vertical, siendo de forma horizontal aquella donde las personas con igual capacidad económica deben contribuir de igual manera, mientras que, de acuerdo con la equidad vertical, las personas con mayor capacidad económica deben contribuir en mayor medida.

Principio de capacidad contributiva

La palabra capacidad se entiende como una cualidad de capaz, una oportunidad de lograr o ejecutar algo; y en su acepción jurídica implicará ser sujeto de

²²⁹ DELGADILLO, Luis Humberto, *Principios de Derecho Tributario*, LIMUSA, México, 2012, p 55

derechos y obligaciones.²³⁰ Si esta concepción básica se traslada al campo de lo tributario, resultará sencillo entender en un primer momento que la capacidad tributaria se relaciona con la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones en la materia.

Constitucionalmente se establece la obligación de contribuir con los gastos públicos de forma proporcional. El principio de proporcionalidad ha ido evolucionando con el paso del tiempo y sus concepciones, tanto jurisprudenciales como doctrinales, también.

Esta evolución ha alcanzado un punto en el que claramente se vislumbra el vínculo de dicho principio con el principio de capacidad contributiva como parte del conjunto que conforma el sistema de justicia tributaria mexicana.

No se consolida la justicia tributaria cuando solo se considera al principio de proporcionalidad por sí mismo o en su acepción más coloquial. Es necesario estudiarlo desde un enfoque más técnico y práctico; es aquí cuando se atiende el criterio de capacidad contributiva.

Tanto el derecho positivo mexicano como el sistema tributario, son resultado de la incorporación de principios doctrinales a través de las resoluciones del Poder Judicial de la Federación y en específico de la Suprema Corte de Justicia de la

²³⁰ Diccionario de la Lengua Española, *Capacidad*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=7HZdnLt>] (Consultado el 18 de agosto de 2017 a las 20:20 horas)

Nación. De esta manera se impide que los principios de justicia tributaria permanezcan estáticos frente al desarrollo del conocimiento y la dinámica de una sociedad cada vez más abierta e informada.

Existen autores que definen a la capacidad contributiva de forma análoga con la capacidad económica tal como lo hace Enrique Calvo Nicolau²³¹ al señalar que *“la obligación que tiene un gobernado de contribuir a la satisfacción de los gastos públicos que origina vivir en sociedad debe estar en proporción a su riqueza, pues solo habiéndola puede pedirse a alguien que comparta con el Estado para que con el producto de esa participación haga frente a los gastos públicos.”*

Asimismo, Calvo Ortega²³² la define como *“la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación dineraria concreta por parte de una administración pública”*. Si bien estas definiciones son parcialmente correctas, solo atienden al sentido objetivo de la capacidad contributiva, pues solo consideran a la riqueza generada y dejan por completo de lado su aspecto subjetivo que se configura en el mínimo existencial.

Por su parte Hugo Carrasco Iriarte²³³ la vislumbra como *“la posibilidad de pago de contribuciones que debe representar para los contribuyentes el mínimo sacrificio*

²³¹ CALVO Nicolau, Enrique, *Casos prácticos en la aplicación del principio de proporcionalidad de los impuestos*, 1990, [Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11137/10190>] (Consultado el 21 de agosto de 2017 a las 18:55 horas)

²³² CALVO Ortega, R., *Op. Cit.*, p. 61.

²³³ CARRASCO Iriarte, Hugo, *Diccionario de derecho fiscal*, Oxford University Press, México, 2008, p. 82.

posible”. En el concepto de Carrasco está presente la idea de que el contribuyente debe tributar de conformidad con la realidad de su existencia, con su verdadera capacidad económica, misma que es resultado del desahogo de sus necesidades básicas; de lo contrario la tributación podría ser tachada de excesiva e injusta.

La anterior noción se ve reforzada por lo que Alejandro Menéndez Moreno²³⁴ manifiesta al definir a la capacidad contributiva de la siguiente forma:

“El principio de capacidad contributiva significa que los tributos han de recaer sobre quienes puedan hacer frente a la carga económica derivada de su aplicación. La función básica del principio de capacidad económica es la de servir como presupuesto legitimador de los tributos y para comprobar su legitimidad habrá de tenerse en cuenta la regulación de los aspectos circunstancias objetivas de carácter económico- como la renta, el patrimonio, el gasto- y de los aspectos o circunstancias subjetivas –como las personales y familiares- de sus destinatarios”.

La capacidad contributiva tiene entonces dos aspectos: uno objetivo y uno subjetivo. La diferencia entre uno y otro radica en las manifestaciones de esta misma capacidad. Por un lado, el objetivo atiende de forma directa a la riqueza y a los ingresos que tiene el contribuyente; por el otro, el aspecto subjetivo atiende al contribuyente en sí, a sus condiciones específicas en su calidad de gobernado, perteneciente a un universo personal en el cual tiene que erogar gastos propios a razón de su familia, necesidades y demás cuestiones que debe cubrir para subsistir.

²³⁴ MENENDEZ Moreno, Alejandro,. *Derecho Financiero y Tributario Parte General. Lecciones de cátedra*, 4ª ed., Lex Nova, España, 2003, p. 87.

A partir de lo anterior es que surge la obligación del legislador de crear tributos que atiendan a la verdadera capacidad contributiva de los particulares. El legislador debe emprender un ejercicio en aras de construir tanto una norma o todo un sistema normativo que cubra la actividad tributaria en su doble aspecto: por supuesto el cuantitativo que implica el ingreso neto, el patrimonio y el movimiento de capital, pero sin dejar de lado el cualitativo o subjetivo, que atiende a particularizar las condiciones generales del gobernado.

Tanto el neto objetivo como el subjetivo juegan un papel determinante al momento de establecer la forma en la que se procura la observancia del principio de capacidad contributiva. Una primera a considerar, es aquella donde para poder establecer dicha capacidad contributiva, se debe realizar un balance o restar de los ingresos del particular, las cantidades que invirtió o que constantemente invierte para obtenerlos, así como aquellas cantidades que eroga para subsistir dignamente en función de su contexto personal.

Si bien en primera instancia se antoja complicado poder determinar dicha capacidad contributiva, lo cierto es que el desarrollo jurisprudencial y doctrinal ha ido aclarando los caminos hacia su consolidación en razón de la inclusión de tarifas progresivas que atiendan a las capacidades de cada sector o individuo sin necesidad de violentar el principio de no confiscatoriedad.

Por lo anterior, se fomenta la creación de un sistema que legitime al tributo desde su aspecto recaudatorio hasta el redistributivo puesto que quien más puede es

quien más aporta, generando así estabilidad en el ejercicio del gasto público. Quizá el tópico que sigue sin resolverse de forma absoluta y sigue siendo objeto de discusión, es la determinación del mínimo existencial para poder fijar netos subjetivos, sin embargo los esfuerzos jurisdiccionales de los tribunales poco a poco han ido esclareciendo parámetros, pues el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado a través de tesis jurisprudencial por reiteración, en qué consiste la capacidad contributiva; manifestando en la misma que dicha capacidad se encuentra en función de la potencialidad real de contribuir al gasto público.²³⁵

Por otro lado, jurisprudencialmente se ha establecido que para que un gravamen sea proporcional, debe existir congruencia entre el mismo y la capacidad contributiva de los causantes, planteando además que las consecuencias tributarias son medidas en función de la riqueza.²³⁶

Los criterios judiciales están orientados que las contribuciones deben ser en función de la capacidad contributiva, misma que consiste en la potencialidad real de contribuir al gasto público.

²³⁵ Tesis Jurisprudencial P/J 109/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, p 22, registro 192849, Rubro: CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. CONSISTE EN LA POTENCIALIDAD DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS PÚBLICOS.

²³⁶ Tesis Jurisprudencial P/J 10/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVII, MAYO DE 2003, p 144, registro 184291, Rubro: PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. DEBE EXISTIR CONGRUENCIA ENTRE EL TRIBUTO Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS CAUSANTES. Se suma este criterio lo dispuesto en la Tesis Aislada P. XXXV/2010 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo XXXII, agosto de 2010, p 243, registro 163980, Rubro: PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. PARA QUE UN TRIBUTO RESPETE ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL SE REQUIERE QUE EXISTA CONGRUENCIA ENTRE EL GRAVAMEN Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS SUJETOS, QUE ÉSTA ENCUENTRE RELACIÓN DIRECTA CON EL OBJETO GRAVADO Y QUE EL HECHO IMPONIBLE Y LA BASE GRAVABLE SE RELACIONEN ESTRECHAMENTE.

De igual forma, se exige una estrecha relación y una sensata correspondencia entre el hecho imponible y la base gravable sobre la cual se aplica la tasa o tarifa según sea el caso; requiriéndose además la sensata correspondencia entre el hecho imponible y la base gravable.

Principio de no confiscatoriedad

El principio de confiscatoriedad se encuentra vinculado de manera muy fuerte a la noción de la progresividad en la determinación de tributos, estipulada dentro del marco del artículo 31 constitucional en su fracción IV.

Hablar de progresividad significa que la carga tributaria del individuo aumenta en la medida en la que su capacidad económica también incrementa. Es así como se vela por la muy criticable máxima de que quienes más tienen, contribuyan más o en una superior proporción a los que tienen menos. Desde otro sentido, la progresividad no solo atañe al mero acto y efecto recaudatorio sino a la distribución uniforme de cargas así como de la riqueza, atendiendo incluso de esta manera al principio de igualdad anteriormente expuesto.

Procurar la progresividad conllevará a una situación que Juan José Ferreiro Lapatza²³⁷ señala como de “*sincera distribución, constitucionalmente hablando, de la renta nacional*”.

²³⁷ FERREIRO Lapatza, Juan José. *Curso de Derecho Tributario*. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 65.

A pesar de la necesidad de la progresividad en los tributos, esta no puede llevarse a los extremos de convertirse en una vorágine de percepciones justificada en el hecho de que una persona percibe una mayor renta. Esta característica también tiene un límite, y dicho límite radica en el principio de no confiscatoriedad. La progresividad puede convertirse en un abuso justificado que a través del principio de no confiscatoriedad buscará evitarse, al establecer que en ningún momento de la actividad tributaria se deberá privar de la totalidad o de la mayoría de los bienes que constituyen el patrimonio de las personas.

En este orden de ideas, Fernando Pérez Royo²³⁸ hace una exposición que clarifica el contenido de dicho principio al señalar que la no confiscación tiene un valor más abstracto, por tal razón puede prestarse a confundir dos planos que deben ser correctamente diferenciados. El primero consistente en la regulación de la contribución a los gastos públicos y el segundo dirigido a la regulación del derecho de propiedad. De tal manera que en el momento en el que la ley establezca un tributo que anule en su generación el derecho de propiedad de una persona, dicha ley y dicho tributo deberá ser tildado de inconstitucional.

De esta forma se busca velar por la máxima protección a la noción de la justicia tributaria garantizando que a nadie se le privará enteramente de su patrimonio con el pretexto de que tiene que contribuir.

²³⁸ PEREZ Royo, Fernando, *Derecho Financiero y Tributario*, Civitas, Madrid 2013 pp. 35-50.

3. LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD: UN ESPACIO VACÍO DENTRO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

3.1. El artículo 1º Constitucional

La reforma constitucional del año 2011 trajo consigo la reformulación de un paradigma, elevando a ese rango todos los derechos humanos contemplados en el derecho internacional y los tratados internacionales, cumpliéndose con la línea demarcada por Hector Fix Zamudio²³⁹ cuando señala que *“los tratados internacionales, una vez cumplidos sus requisitos formales y materiales, constituyen derechos humanos nacionales de fuente internacional, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico”*.

En su aplicación práctica, la reforma implicó la búsqueda de una cultura de derechos humanos encaminada a que tanto los ciudadanos como los órganos jurisdiccionales, contribuyan a una más clara y efectiva exigibilidad y protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción interna.

Con esto, la constitución se coordina con del derecho internacional de los derechos humanos y constriñe no sólo a las autoridades de los tres órdenes de gobierno que están llamadas a respetarlos y protegerlos, sino a los propios gobernados, ajustando su respeto y protección a los parámetros internacionales.

²³⁹ FIX-Zamudio, Héctor. *“Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”*, en PÉREZ ROYO, JAVIER et al. (coords.). *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Thompson Aranzadi, Pamplona, 2006, t. II, pp. 1727-1746.

De esta forma es que los derechos humanos se convierten en un lenguaje latente dentro de la carta magna, para vislumbrar una verdadera actualización del máximo ordenamiento, a la luz vigente de los estándares de reconocimiento y protección a nivel internacional, dando así un importante paso en el desarrollo de la materia, que ha logrado, con sus salvedades, que no cese el intento por estar a la altura de las constituciones europeas y algunas pertenecientes a la región latinoamericana.

Si bien es cierto que a partir de la reforma de 2011 la constitución adquirió notoriedad a la luz de los reflectores internacionales, no menos cierto resulta el hecho de que donde más impacto y notoriedad tiene, o al menos debería tener, es en plano interno; aquel donde los órganos del estado deben poner todos los elementos de su parte, a fin de que los gobernados o los justiciables puedan hacer efectiva la exigibilidad de protección a los derechos humanos que la propia norma fundante en su artículo primero reconoce.

Lo anterior implica el abandono de las prácticas subsuncivas en la impartición y administración de justicia por parte de los operadores jurídicos más tradicionalistas, con la intención de avanzar a un plano de interpretación donde dicha actividad sea llevada a cabo desde el nivel constitucional y los principios o parámetros con los que intrínsecamente cuenta, mismos que deben ser respetados y protegidos no solo al margen del propio texto constitucional, sino de los criterios adoptados en los cuerpos normativos internacionales para poder abonar en la construcción de un nuevo y más fuerte paradigma, vinculado a la

creación y aplicación del derecho, así como a la impartición de justicia desde un ámbito de derechos humanos.

3.1.1. Clausula abierta y jerarquía de normas

Desde el inicio del artículo primero se siembran las condiciones para poder conferirle rango constitucional a los derechos humanos y queda expresa la cláusula abierta que permite que sean reconocidos como tales no solo los contenidos en dicha norma, sino todos aquellos que formen parte de los tratados internacionales, sin que exista la posibilidad de que estos puedan ser suprimidos o fraccionados por la actuación del estado.

Desde la perspectiva del doctor Fix Zamudio,²⁴⁰ esto pudiese parecer innecesario, toda vez que desde ha señalado que al ser suscritos formalmente los tratados internacionales, estos en automático se consolidan como una fuente internacional de derecho nacional y por consiguiente tendrían que ser sujetos de protección y respeto en el plano local.

Cierto es lo que el doctor Fix Zamudio aduce, pero desde otra perspectiva, nunca estará de más abrir la puerta de forma expresa a agentes que generen condiciones tendientes a fortalecer una situación que se vive o se estimaría vivir de facto.

²⁴⁰ *Ídem.*

Reconocer desde el ámbito interno a los derechos humanos no hace más que robustecer la noción de ellos dentro de los diferentes niveles que vive el estado mexicano (desde el administrativo hasta el popular). Sergio García Ramírez²⁴¹ hizo alusión a esta postura señalando que es imprescindible que siempre que sea posible “*se abra la puerta para el tránsito de la corriente internacional hacia el ámbito nacional, sin debates que impidan o demoren la incorporación*”.

El trabajo legislativo que realizó las modificaciones al artículo primero, no solo se limitó a establecer la cláusula abierta por medio de la cual los derechos humanos contenidos y reconocidos por tratados internacionales que el estado mexicano suscribiera deben ser protegidos, sino que se contienen todos los derechos humanos que se encuentren en cualquier tratado internacional, a pesar de que este no sea especializado en la materia.

Es así como se pretende evitar que los márgenes de interpretación restrinjan los principios contenidos en un tratado internacional, por considerar que este no está dirigido desde su origen a la tutela de determinados derechos humanos, aún y cuando estos sean evidentemente parte de la esencia de dichos instrumentos normativos.

²⁴¹ GARCÍA Ramírez, Sergio. “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, México, 2008, p. 364.

No existe pretexto justificado alguno para que los trabajos de los diferentes órganos de poder del estado desatiendan al reconocimiento de los derechos humanos en ninguno de sus tres niveles.

Con las modificaciones realizadas, se abre la brecha no solo para que la autoridad los tome en consideración, sino para que sea el mismo gobernado quien genere conciencia del alcance de este contenido constitucional, con la intención de hacer mucho más grande y eficaz a exigibilidad de su respeto ante una posible amenaza de transgresión o frente a la violación consumada.

A todo lo anterior, se suman las modificaciones que tienen implicación directa en la concepción de la tradicional jerarquía de normas, en específico por cuanto ve a los tratados internacionales.

Se creó una protección a los derechos humanos a manera de bloque integrado en el ordenamiento jurídico nacional. Para dar el término teórico correcto, se establece que los tratados internacionales que contengan y reconozcan derechos humanos, integran el bloque de constitucionalidad o coto vedado por medio del cual ninguna autoridad podrá restringirlos, toda vez que estos se encuentran 'compartiendo' rango con la propia constitución general. El impacto de esta concepción ha sido tan amplio, que dentro de la gama de modificaciones a las disposiciones constitucionales que generó la reforma de 2011, se consideró que en atención al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

tendría que ser modificado el artículo 29 constitucional estableciendo que bajo ninguna circunstancia los derechos humanos podrían ser suspendidos.

No existe un límite competencial de las autoridades (federales, estatales, municipales) frente a los compromisos en materia de derechos humanos adquiridos por el Estado mexicano a través de tratados internacionales en la materia. Por ello es que se consolida la noción de responsabilidad y obligación de cualquiera de ellas de actuar siempre en conformidad de los principios que los derechos humanos contienen.

3.1.2. Promoción, respeto, protección y garantías a los Derechos Humanos: Principio de Interpretación Conforme y Pro Homine

Cuatro ejes constituyen el exhorto contenido en el artículo primero constitucional en relación a los derechos humanos,²⁴² siendo estos:

Promoción: Implica el establecer todos los medios y mecánicas encaminadas a la difusión del conocimiento y contenido de los mismos,

Respeto: A través de este eje se busca que los actos de la autoridad estén en concordancia y no contravengan los principios contenidos en dichas prerrogativas.

²⁴² BARRADAS Hernández, Austria Paola, *Obligaciones del estado frente a los derechos humanos*, 2013 [Disponible online en: <http://ux.edu.mx/wp-content/uploads/Investiga/Revistas/Revista%2010/Art%C3%ADculo%202.pdf>] (Consultado el 22 de agosto de 2017 a las 10:24 horas)

Protección: La actuación estatal deberá siempre procurar la no violación de los derechos humanos.

Garantías: El estado está obligado a establecer y regular los mecanismos jurídicos que salvaguarden y aseguren la protección de los derechos humanos, así como prever las sanciones aplicables a quienes incurran en conductas que os transgredan o los violen.

Así mismo, dos pilares surgen para regir no solo en la actividad jurisdiccional, sino en el actuar de cualquier ente público en ejercicio del imperio del Estado: el Principio de Interpretación Conforme y el Principio *Pro Homine*.

3.1.2.1. Principio de interpretación conforme y principio pro persona

Para continuar con el análisis dentro del reformado artículo primero constitucional, es preciso hacer la acotación correspondiente al apartado que contempla dos principios que surgieron como ejes direccionales de la actuación de toda autoridad.

Señala dicho precepto constitucional en su segundo párrafo, que todas las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con la propia constitución y con los tratados internacionales en la materia. Es así como se le

dota de cualidad práctica a toda la noción teórica del bloque de constitucionalidad anteriormente citado.

Se considera que es necesaria la adición expresa de este principio, en función de que resulta una forma mucho más sencilla y correcta de buscar que se armonice el derecho nacional con las disposiciones de carácter internacional, incluso con la posibilidad de que se subsanen las lagunas que dentro del marco normativo interno pudiesen existir, sin necesidad de que exista una confrontación real entre una y otra que pueda dar lugar al sacrificio de alguna de dichas disposiciones.²⁴³

En la parte final del segundo párrafo del artículo 1º constitucional, se establece que la interpretación de las normas de derechos humanos debe realizarse "*favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*",²⁴⁴ es decir, debe realizarse una interpretación Pro Persona o *Pro Homine*. Dicha obligación no solo se quedó acotada a lo dictado en la norma fundante, sino que su desarrollo se ha dado a lo largo de diversos criterios emitidos por el poder judicial de la federación.²⁴⁵

²⁴³ RODRIGUEZ, Gabriela, Alberto Puppo, Raymundo Gama y Jorge Cerdio, *Interpretación conforme*, (Coedición) Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (oacnudh) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (cdhdf), México, 2013, pp. 6-8.

²⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 1, *Diario Oficial de la Federación*, 1917, última reforma publicada DOF 24-02-2017

²⁴⁵ Tesis Aislada I.4º.A.464 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, febrero 2005, p 1744, registro 179233, Rubro: PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. Véase también Tesis Aislada XVIII.3º. 1 K (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, p 1838, Rubro: PRINCIPIO PRO HOMINE. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS.

Con la inclusión expresa de este principio, se dio certeza respecto de la vigencia del mismo dentro del orden jurídico nacional. Se brindó el reconocimiento a los derechos humanos dentro del país por parte del estado mexicano; y por tanto, resultan completamente aplicables así como objetos de protección.

Este principio emana de su consagración en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo segundo no solo obliga a los estados parte a que los diferentes niveles y ámbitos de autoridad adopten medidas por medio de las cuales se puedan hacer efectivos los derechos humanos, sino que también establece la obligación de que estas autoridades deben actuar siempre evitando incurrir en acciones que tengan como efecto limitar el goce o el ejercicio de dichos derechos, procurando acudir a la interpretación más extensiva o la norma que más proteja derechos cuando esta exista; y a *contrario sensu*, a la norma o interpretación más restringida cuando se pretenda establecer restricciones a los derechos. En cualquiera de los dos casos, los derechos humanos de la persona deben ser objeto de la mayor garantía de protección, promoción y respeto.

El principio encuentra una justificación más y un fundamento, en lo establecido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos que dentro de la Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas en relación a los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su párrafo 52 establece lo siguiente:

“La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.”²⁴⁶

Este tema se vuelve de matices sumamente delicados cuando se comprende que los juzgadores de la nación se encuentran obligados a atender a los criterios y direcciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determine respecto de la materia, cuando estas determinaciones por sí solas se configuren como mayormente protectoras o garantes de los derechos de las personas frente al espectro de protección que pueda brindar la normatividad interna del estado mexicano. De no atender al contenido de este mandato, resultaría evidente el incumplimiento a lo dispuesto dentro del artículo 29 de la citada convención, así como de su artículo 2º en lo referente al control de convencionalidad al que los estados parte se encuentran sujetos, y finalmente sería una falta de observación al principio de *pacta sunt servanda*, por medio del cual los estados se obligan a

²⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, [Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf] (Consultado el 22 de agosto de 2017 a las 11:01 horas)

cumplir con los compromisos que se adquieren a través de los tratados internacionales.

3.1.3. Obligaciones de las autoridades del Estado a partir del artículo primero constitucional

Dentro del artículo primero, se encuentra lo que se configura como una de las principales justificaciones al planteamiento del problema que ocupa a este trabajo.

Con la inclusión del tercer párrafo al artículo primero, se establece que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias y facultades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en estricto apego a los principios que la teoría de la materia vincula para ellos (universalidad, interdependencia, progresividad, indivisibilidad, etcétera).

Tradicionalmente se pensaba que los derechos humanos exigibles solo eran aquellos que podían ser hechos valer a través de los medios jurisdiccionales. Hablar de la existencia de ciertos derechos cuya naturaleza se pudiese antojar más abstracta, era un ejercicio de categoría retórica por no llamarla poética.

La dificultad de exigir a cualquier ente estatal la observancia del derecho a la libre expresión o a la salud, por ejemplo, podría suponer no más que un grito a la pared frente al cual solo restaba esperar que los agentes del estado tuvieran, si no

conocimiento, la condescendencia de respetarlos por ser nociones ideológicas de buen vivir en el uso más básico del sentido común en cualquier persona.

Con la instauración del párrafo en el citado precepto constitucional, además de emplear un lenguaje mucho más actualizado que permita facilidades y clara interpretación en el diseño de políticas públicas, se actualizó sobre todo la ideología que en este momento debe permitir expandir la noción desde la cual se interpreta el derecho contenido en la constitución y en las convenciones internacionales.

Se abre la puerta a la visión de una constitución que abandona la tendencia legalista tradicional, para estar frente a un documento normativo con marcados tintes principialistas en su contenido. Desde los postulados de Luigi Ferrajoli anteriormente expuestos en contra del pensamiento tradicional, se explica que los derechos son totales.

Hablando de los derechos humanos que se consagran en la constitución, no es necesario – de hecho no sería adecuado- establecer los márgenes de observancia y por consiguiente protección, a la espera de que estos sean debatidos en los tribunales; estos existen y deben ser promovidos, protegidos y respetados de forma implícita a la vida diaria tanto de la sociedad como del estado mismo.

Los casos idóneos para ejemplificar esta situación pueden ser de dos tipos: el primero consistente en derechos cuya protección se configura en un sentido

negativo y que se respetan de manera óptima a través de la no interferencia estatal de forma injustificada, como en el caso de la libertad de expresión.

Por otro lado, la segunda situación opera de forma inversa; las expectativas de protección se configuran de manera positiva, es decir, frente a la necesidad de un despliegue de actuaciones por parte del estado para garantizar la protección y el respeto de los mismos, aún y cuando no exista una orden de carácter judicial que lo obligue a llevar a cabo dichos actos; tal es el caso referente a los derechos sociales.

En el entendido de esta dicotomía, es que nacen los principios sobre los cuales el actuar estatal está obligado a velar por la protección de los derechos humanos, independientemente de la representación que ostenten, ya sea del ejecutivo, del legislativo, del judicial o de cualquiera de los demás órganos constitucionales de carácter público. De esta manera, el espectro de protección a los derechos se vuelve total sin necesidad de condicionar a uno u otro requerimiento.

Hay que hacer mención que todos los organismos del estado, independientemente de su naturaleza, por el carácter público que ostentan, no solo tienen la obligación de implementar las medidas correspondientes para proteger los derechos humanos, sino que el incumplimiento de dicha obligación traería consigo el hecho de violentar no solo el derecho subjetivo en mención, sino lo pactado por el propio estado mexicano, contraviniendo a los acuerdos de carácter jurídico en la materia,

situación que provocaría una reacción internacional de características políticas y mediáticas en demasía señalable.

Siguiendo con el recorrido del artículo 1º constitucional, se llega al punto en el que dentro del tercer párrafo, se prevén figuras y obligaciones que pretenden que el discurso y las buenas intenciones de la reforma no solo se queden en eso: un acto de buena voluntad. Se busca que de verdad los actos protectores de los derechos humanos tengan un impacto tangible en la realidad de todas las personas, pero sobre todo, en aquellos que por cualquier motivo han sido objeto de violaciones a sus derechos por parte de la autoridad. Esto se pretende lograr a través del establecimiento del mecanismo de corrección y restitución de violaciones a derechos humanos, al determinar que el estado deberá prevenir, investigar, sanciones y reparar las violaciones a las que haya incurrido.

La única forma de darle la verdadera dimensión a una reforma de esta naturaleza, en otras palabras, la única forma de darle la seriedad que merece, es conстриñendo a las autoridades en todos los niveles a la correcta observancia de los derechos reconocidos en la constitución, así como a aquellos que se reconocen por medio de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

En esta época, la mediatización juega un papel importante en el cumplimiento de los acuerdos y en el respeto de los derechos, es por ello que México no se puede permitir una vez más situarse a la luz de los reflectores internacionales derivado

de desatenciones, inobservancias y violaciones a las prerrogativas más básicas de cualquier ser humano.

3.1.4. Control de convencionalidad

Como un resultado natural de la adopción de un nuevo modelo de protección y reconocimiento de los derechos humanos a través de la reforma constitucional del año 2011, se obtuvo la necesidad u obligación de llevar a cabo el ejercicio relativo al control de la convencionalidad por parte de los tribunales locales. Esto a pesar de que de forma expresa no se señale dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, partiendo de los principios contenidos en los párrafos del artículo primero constitucional, no existe la necesidad de que este se incluya de forma expresa, ya que basta con remitirse a los señalamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de los cuales hace alusión a la pertinencia de llevar a cabo dicho control, en aras de brindar la mayor protección a los derechos humanos por parte de los operadores jurídicos de los estados que se encuentran dentro de la jurisdicción de este ente internacional.

Esta situación resulta trascendental para el tema que ocupa al presente trabajo, dado que es justo un choque de principios el que origina la problemática actual.

A partir de la más simple comprensión del contenido del principio de *'pacta sunt servanda'*, se asume que toda norma o convenio que suscribe un estado debe tener carácter obligatorio para este por cuanto ve a su cumplimiento. En este orden de ideas, el estado que haya celebrado un convenio de carácter internacional, en específico en materia de derechos humanos, debe llevar a cabo todas las acciones tendientes a adecuar la estructura normativa interna con la finalidad de poder cumplir con el mandato contenido en dicho ordenamiento internacional.

Para tener una noción sencilla de lo que es el control de convencionalidad, hay que considerar la definición de Bustillo Marín,²⁴⁷ que de forma muy concreta señala que *“es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH”*.

Es el propio artículo 2 del Pacto de San José, el que en su contenido establece la obligación para todos los estados parte de llevar a cabo todas las adecuaciones internas a las disposiciones de su contenido para poder entonces garantizar el respeto a los derechos que convergen en dicho instrumento normativo:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

²⁴⁷ BUSTILLO Marín, Roselia, El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2013, p. 6.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.²⁴⁸

La adecuación a la cual hace referencia este artículo implica el despliegue de acciones que pueden ser consideradas desde dos posiciones: la primera de ellas en el sentido de dejar de aplicar o dejar de llevar a cabo conductas o actos que por sí mismos se configuren como violatorios de los derechos contenidos en la Convención y de las garantías que para su protección y defensa hayan sido establecidas.

La segunda de estas posiciones se entiende como la obligación de los estados de trabajar por la generación constante de normas y de actos encaminados al verdadero desarrollo de prácticas, que de forma integral den pie a la observancia de los derechos y sus garantías.

En alusión a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado

²⁴⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 2, [Disponible online en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm] (Consultado el 22 de agosto de 2017 a las 11:44 horas)

*ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*²⁴⁹

Los Estados parte, entonces tienen la obligación de adoptar todas las medidas que estimen necesarias en su derecho interno para hacer efectivos los derechos libertades que se reconocen en la Convención.

Finalmente, es necesario establecer que las medidas que señala el instrumento internacional no solo se restringen al actuar legislativo, sino que en su interpretación más extensa, se debe entender que la adecuación de dinámicas tendientes a la protección de los derechos humanos también incumbe a los demás entes de ejercicio del poder público.

Desde la trinchera judicial se exige la interpretación de las normas internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a fin de poder establecerse en el marco de protección brindada por los estándares internacionales.

²⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, [Disponible online en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf] (Consultado el 22 de agosto de 2017 a las 12:31 horas)

Por otro lado, desde el campo de acción del ejecutivo y demás órganos de poder, se exige una actuación siempre en estricto apego a lo dispuesto por la convención, la constitución y cualquier otra disposición protectora con la finalidad de que dicho actuar no se configure como violatorio de derechos humanos.

Ya que existe la noción básica de los elementos que integran al reformado artículo 1º constitucional y los principios contenidos en el mismo, la restricción en materia tributaria a la declaratoria general de inconstitucionalidad claramente se configura como una prescripción contraria al espíritu de dicho precepto constitucional y una incongruencia consentida dentro de la estructura jurídica mexicana, a la luz de la protección y promoción de los derechos humanos.

La interpretación de la norma tributaria, resultado de la técnica jurisprudencial en materia fiscal que declare la inconstitucionalidad de la misma y que no produzca efectos generales dejándola en el plano de la relatividad de las sentencias, contradice de forma parcial el principio contenido en la interpretación conforme y de forma total el principio pro persona, al no extender esos efectos a todos aquellos que se encuentren en un plano de vulnerabilidad, beneficiando solo a aquellos que puedan acceder por el medio que sea al juicio de amparo, aun y cuando la violación sea notoria y reiterada.

Como se ha visto, a partir del ejercicio ponderativo entendido en el sentido de que no existe la necesidad de sacrificar un derecho humano por la estabilidad financiera del estado, se puede conducir a un plano en el que la técnica legislativa

y la aplicación de la norma armonice con los principios contenidos en el artículo 1º constitucional, así como con los postulados que crean el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos.

3.2. La excepción fiscal de la declaratoria General de Inconstitucionalidad: un vacío en la justicia tributaria.

Una vez expuestos los fundamentos, antecedentes y funcionamiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad, y una vez que se ha destinado un apartado a revisar postulados de justicia en términos generales hasta acotarlos a la materia fiscal y sus elementos, es necesario proseguir con un tema que inviste crucial importancia ante la necesidad de demostrar que dicho mecanismo no solo es parcialmente adecuado, sino que se configura como una contravención a lo buscado por el artículo primero constitucional y las convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

Resulta entonces apremiante conocer las teorías que pugnan por la construcción de sistemas jurídicos dotados de cualidades tan grandes, que permitan determinar que estos por sí solos, son poco menos que perfectos al no contener ninguna falla que provoque dejar al gobernado frente a una situación de indefensión, por contar este siempre con un recurso jurídico suficiente para velar por la máxima protección a sus derechos fundamentales.

3.2.1. Plenitud del ordenamiento jurídico.

Hablar de un ordenamiento jurídico pleno, implica el reconocimiento del mismo como una estructura sin lagunas, como un sistema capaz de prever hasta la más poco probable de las situaciones de hecho que se pudiesen presentar y que exijan la aplicación del derecho positivo –¿acaso los partidarios más obtusos de esta corriente aceptan más?- para la solución de un conflicto de naturaleza jurídica.

Esta noción ha llegado a tener naturaleza dogmática y su origen se encuentra en la edad media, dentro de la tradición romanista, cuando se tenía la intención que el *corpus iuris* contuviera el catálogo de normas suficientes para que los intérpretes u operadores jurídicos tuvieran las herramientas suficientes para la solución de conflictos, sin que estos se vieran en el dilema de no saber que norma aplicar frente a determinados casos; se buscaba consolidar un derecho definitivo, completamente terminado.²⁵⁰

Con el paso del tiempo, siendo específicos en el siglo XIX, con el movimiento codificador, el dogma de la plenitud se fortaleció con preceptos jurídicos que negaban otro tipo de fuente que no fuera la ley y dejaban de lado la interpretación.

Actualmente el dogma de plenitud tiene una función integradora que busca fortalecer al estado y su monopolio en la creación de normas con raíces en el

²⁵⁰CARDENAS Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, 2009 [Disponible online en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/8.pdf>] (Consultado el 22 de agosto a las 13:28 horas)

derecho positivo por él creado e instaurado. A partir de ello, el juez solo podrá encontrar la solución a los casos empleando las herramientas que le dota el propio sistema jurídico; es así como el dogma de plenitud impide dotar de capacidad creadora a otro operador que no sea el legislativo.

Las decisiones jurídicas consisten en la aplicación de preceptos generales de la norma con carácter de pre-existente a un determinado hecho, en un afán de suponer que el ordenamiento jurídico tiene soluciones para todas las cuestiones que se planteen. En síntesis, no se admiten posiciones que vengan de algo diferente a la norma positiva.²⁵¹

En este orden de ideas, Karl Bergbohm es precursor de las teorías que pretenden dotar de plenitud al ordenamiento jurídico a partir de la preponderancia del derecho positivo sobre el natural. Haciendo alusión a los comentarios de Juan Llambías de Acevedo,²⁵² el alemán considera que el derecho positivo no tiene la intención de regular la totalidad de la materia y vislumbra dos campos de existencia real: uno en el que todo lo que sucede (acciones y relaciones) se encuentra bajo la luz de la regulación jurídica; y otro que simplemente no se encuentra sujeto a los designios de los preceptos normativos, a esto es lo que llama espacio vacío del derecho.

²⁵¹ GALIANO Maritall y Deyli González Milian, *Impacto de la lagunas jurídicas en la plenitud del ordenamiento jurídico*, 2012, [Disponible online en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/18/gmgm.html>] (Consultado el 22 de agosto de 2008 a las 14:09 horas)

²⁵² LLAMBIAS Acevedo, Juan, *Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del derecho natural*, *Dianoia Anuario de Filosofía*, No. 11, 1965, pp. 198-224.

No resulta clara la frontera que delimita lo que se puede considerar como jurídico y lo que puede ser comprendido como un vacío de derecho, pues según la interpretación del jurista alemán, esta puede moverse con facilidad y de forma arbitraria debido a que no se fijan los puntos de separación.

Desde su posición, es imposible hablar de lagunas jurídicas, puesto que este derecho 'completo' no las puede admitir al regular una totalidad; por consiguiente y dado que en el espacio vacío no existe la necesidad de regular algo, las lagunas tampoco tienen cabida al ser un plano donde todo puede desenvolverse con libertad.

Esto resulta importante de considerar, porque justo en las entrañas de las bases de la dogmática de la plenitud del ordenamiento jurídico, se encuentra su enfermedad, aquella que la vuelve paradójica frente a lo que pretende alejar de su discurso: el derecho natural.

Lo anterior se explica asumiendo que al negar la existencia de las lagunas y declarar la omnipotencia del ordenamiento jurídico, se configura la máxima de que todo lo que no se encuentra regulado por la norma jurídica, se encuentra permitido. Dando un recorrido hacia atrás en el tiempo, indiscutiblemente se llegará al punto (siglo XVII) en el que dicho postulado es una premisa del derecho natural, que implica un escenario en el cual se reconoce un estado de plena libertad a la que el derecho positivo le impone parámetros, del que se deduce que

todo lo que no sea regulado, tiene la luz verde de seguirse realizando tal y como se venía haciendo.²⁵³

He aquí una muestra de que el dogma de la plenitud tiene un sustento de naturaleza iusnaturalista que da pie a la admisión de conceptos que más adelante se tratarán.

Por otra parte, Norberto Bobbio²⁵⁴ hace una correcta síntesis de la posición de Bergbohm al señalar que:

“según esta versión, la esfera de actividad de todo hombre puede considerarse dividida, desde el punto de vista del Derecho, en dos compartimentos: el limitado por normas jurídicas y el que éstas dejan libre, o sea, el espacio jurídico lleno y el espacio jurídico vacío. Con esta consecuencia: que un comportamiento, o pertenece al primer espacio y es entonces jurídicamente relevante, o pertenece al segundo, y entonces es jurídicamente irrelevante. En esta división de esferas no se ve dónde pueden situarse las lagunas, entendidas como falta o insuficiencia de regulación jurídica: hasta donde ésta llega no hay lagunas, y fuera de ella sólo existe la actividad indiferente al Derecho, que no puede llamarse ‘laguna’ del Derecho, del mismo modo que la orilla de un río no puede llamarse ‘laguna’ del río”.

Más adelante el italiano realiza una crítica al alemán, al considerar que no hace la debida distinción de lo que se considera como jurídico y aquello que debe tomarse como obligatorio, máxime que asumiendo que el espacio vacío no esté regulado,

²⁵³ BASAVE Fernández del Valle, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2001, p. 52.

²⁵⁴ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho, Lacune dil diritto*, Novissimo Digesto Italiano, IX, Turín, 1963, p. 419.

significaría la libertad sin más, sin protección; esto definitivamente no puede ser concebido en un estado democrático.

Por su parte, Karl Engisch²⁵⁵ fortalece la doctrina de Bergbohm al considerar que las nociones de plenitud jurídica pueden robustecerse mediante el empleo de un concepto filosófico jurídico tal como el de espacio no sometido a regulación jurídica.

Sobre este concepto, resulta que el espectro de lo jurídico se extiende sobre ciertas zonas herméticas, y de forma muy similar a como lo explica Bergbohm, Engisch señala que hay zonas a las que el derecho no puede llegar y esos campos son los de la fe, las relaciones interpersonales o emocionales de la gente, el plano subjetivo del pensamiento y la emoción libre; esto es el espacio no sometido a regulación jurídica.

De lo anterior resulta que si bien la teoría de Engisch pretende reforzar la de Bergbohm con un esquema de planos conceptuales que jamás hacen intersección, no dota de un sentido innovador a la misma y la deja con los mismos puntos vulnerables que anteriormente se han explicado.

Existen interesantes posicionamientos que abandonan lo radical y proponen que, más que avocarse al espacio jurídico, el sentido de las doctrinas debería ir

²⁵⁵ ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Ediciones Coyoacán, México, 2014, p. 174.

encaminado a las fallas o lagunas que tiene ese espacio pretendidamente completo.

Tomando como pilares de la doctrina de la plenitud del ordenamiento jurídico a los autores mencionados, resulta que dicha concepción no es más que una figura aspiracional fundada en la intransigencia, por no decir necesidad, de pretender que no existe relación entre el derecho positivo y el natural; en la obstinación de querer establecer una separación del mundo en dos partes: lo que es jurídicamente importante y lo que no tendría por qué serlo.

Seguir el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, es desatender a la realidad del derecho como un concepto dinámico, evolutivo y mutante en razón de las necesidades de la sociedad a la que sirve. Hablar de un panorama donde el derecho es acabado o completo, implica desconocer un hecho que la propia historia nos recuerda, las formas, como las instituciones jurídicas, cambian con el paso del tiempo y estos cambios muchas veces han ido acompañados de la incursión de un campo sobre otro o viceversa; el derecho no ha quedado exento de esto y prueba de ello se encuentra en las doctrinas que han sentado bases para la construcción del estado constitucional de derecho en el mundo.

Pretender la plenitud del ordenamiento es negar la evolución y el surgimiento tanto de hechos como instituciones nuevas que hacen que este jamás sea completo y que tenga la necesidad de atender realidades cambiantes. Dicho de otra forma,

levantar firmemente la bandera de esta doctrina significa asegurar que el derecho construye a la realidad y no viceversa.

3.2.2. Norma general exclusiva

No se debe perder de vista que el problema que ocupa a las doctrinas de la plenitud del ordenamiento jurídico y similares, es la existencia de lagunas, de espacios vacíos sin considerar o ¿por qué no pensarlo? De consideraciones racionales de espacios vacíos como se verá más adelante en el presente trabajo.

Refiero lo anterior en razón de que la doctrina de plenitud no ha sido la única que en tratar de demostrar que las lagunas no existen. Existe una doctrina que pareciera aludir a la existencia de un aura en cada una de las normas, aura que logra que nada escape a la mano del derecho, de la mano del ordenamiento jurídico instaurado, y esta es la que se funda en la teoría de la norma general exclusiva a la que se refiere Hans Kelsen, entre otros pensadores.²⁵⁶

La doctrina de la norma general exclusiva se explica en el entendido de que todas las normas jurídicas que de manera particular se dedican a regular determinado hecho o conducta, siempre están acompañadas, o como prefiero explicarlo, se hacen rodear de un aura proveniente de una norma general que no solo protegerá a la particular de cualquier embate de una potencial laguna, sino que la excluirá por completo de su presencia; no permitirá que frente a la norma particular se sitúe un panorama de conductas que se consideren como `no contempladas`,

²⁵⁶ ÁLVAREZ, Mario I. *Introducción al derecho*, McGrawHill, México, 2015, p. 313.

puesto que la norma general exclusiva ya las contempla de forma implícita desde su inicio.

Al respecto, Bobbio²⁵⁷ señala que *“las normas nacen y nunca se mueven solas sino en pareja: la norma general inclusiva va acompañada de la norma general exclusiva, como si fuera su propia sombra. Si es así, juntas una y otra, ocupan todo el espacio ocupable y, por tanto, no dejan sitio a ninguna laguna”*. La norma es omnipresente en todo el sistema jurídico.

El alemán Ernst Zitelmann²⁵⁸ pretende dar soporte a la teoría de la norma general exclusiva indicando que:

“Aunque no se diga, pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que ‘son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario’, sin embargo, ello está implícito en el orden jurídico, y con arreglo a esta explicación no hay que temer una mala interpretación si se afirma que en el fondo de todas las reglas de Derecho especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquiera otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especiales aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir”.

²⁵⁷ BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, p. 389.

²⁵⁸ ZITTELMANN, E., Las lagunas del derecho, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1922, pp. 554-555.

Por su parte, Donato Donati no se va muy lejos en la construcción de su teoría, que de la misma forma robustece la noción de una norma general exclusiva, pues considera que existen normas de carácter particular e inclusivo que establecen determinadas limitaciones para casos específicos, pero por otro lado existe una norma general carente de limitación de aplicabilidad frente a cualquier tipo de situación.²⁵⁹

Para ninguno de los tres autores resulta imposible concebir un escenario donde el orden jurídico sea aplicable a cualquier caso que se le presente, pues si la norma particular no es aplicable, el sistema como un todo sí que lo es.

Haciendo una comparación entre la doctrina de la plenitud del ordenamiento y los espacios vacíos con la de la norma general exclusiva, se puede concluir que son casi idénticas, salvo el hecho de que dan un tratamiento diferente a una misma situación. Por un lado, la teoría de la plenitud considera que hay cosas que interesan al derecho y cosas que no. Por otro lado, la forma kelseniana quizá considere que no hay espacios vacíos, sino que sencillamente el ordenamiento jurídico cubre todos los comportamientos posibles, ya sea a través de la norma particular con una regulación positiva, y si esta pequeña falla, siempre tendrá detrás a su heroína: la norma general exclusiva y su poder de regulación de negativa. En ambos posicionamientos la cobertura del derecho es total.

²⁵⁹ SEGURA Ortega, Manuel, *El problema de las lagunas del derecho*, Anuario de filosofía del derecho, Santiago de Compostela, 1989, p. 295.

Esta teoría puede ser criticada en función del carácter absoluto que se le pretende dar a la norma general, asumiendo que no hay otra más. Claramente resulta difícil de aceptar cuando se sabe que siempre existe una norma igualmente general de carácter inclusivo que considera que todo aquello que no se encuentra jurídicamente regulado, puede entrar al campo de lo jurídico por medio de las técnicas de hermenéutica en la materia.

Asimismo, sin necesidad de contraponerse en su totalidad al dogma de plenitud, una teoría (la de la norma general exclusiva) se posiciona desde un ámbito más flexible, no atribuyendo plenitud al ordenamiento jurídico sino al derecho en sí; reconociendo que las normas o los sistemas de normas pueden verse insuficientes para regular la totalidad de las conductas, actos o hechos, sin embargo, el derecho por sí mismo, en su seno puede contener elementos que permiten que cualquier situación no regulada sea resuelta. Esta es una forma de dotar plenitud potencial o funcional al derecho. Claro está que los márgenes de interpretación en esta doctrina pueden abrir un panorama infinito de posibilidades.

3.3.3. Lagunas

El Poder Judicial de la Federación ha definido a las lagunas jurídicas como *“la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta; esto es, se trata de la omisión en el texto de la ley, de la regulación específica a una determinada situación, parte o negocio; con ello se obliga a los operadores jurídicos a emplear*

*técnicas sustitutivas con las cuales puedan obtener una respuesta eficaz a la expresada tara legal.*²⁶⁰

Desde la doctrina, las lagunas jurídicas son un tema que ha sido objeto de especial atención, al fundarse sobre ellas una serie de cuestionamientos y estudios que buscan encontrar su naturaleza, alcances y medios de extinción.

El debate sobre su existencia llegó a formar parte de la construcción de teorías jurídicas vinculadas al análisis del ordenamiento jurídico. Sin embargo, al considerar que dicha discusión está rebasada, además de que tal como lo he señalado, su presencia es indiscutible dada la falibilidad del sistema, es que el presente apartado hará una exposición sobre las nociones de las mismas, configuración y clasificación.

De forma primaria, el concepto de laguna es entendido a partir de la raíz latina *lacuna*, la cual se refiere al depósito natural de agua que puede tener diferentes dimensiones. Asimismo el Diccionario de la Lengua Española²⁶¹ cuenta con otra acepción en la cual lo vincula con un “defecto, vacío o solución de continuidad en un conjunto o una serie”.

²⁶⁰ Tesis Aislada XI.1º.A.T.11 K (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época Libro 1, Tomo II, Diciembre 2013, p 1189, Registro 2005156, Rubro: LAGUNA JURÍDICO O DEL DERECHO O VACÍO LEGISLATIVO. PARA LLENARLO EL JUZGADOR DEBE ACUDIR, PRIMERO A LA SUPLETORIEDAD O LA ANALOGÍA Y, DESPUÉS, A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

²⁶¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Laguna*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=MoKYIPi>] (Consultado el 23 de agosto de 2017 a las 12:09 horas)

Una laguna jurídica se refiere inicialmente a la inexistencia de una ley aplicable a un caso concreto controvertido, de manera que con ello se obliga a quienes aplican dicha ley, a emplear técnicas de ‘llenado’ de ese vacío con las cuales obtener respuesta eficaz frente a la incógnita legal correspondiente. En términos más precisos, valdría referirse a estas como ‘lagunas de la ley’.

Existe una distinción entre los conceptos de lagunas de la ley y lagunas del derecho. García Maynez²⁶² ha señalado al respecto que:

“...aun cuando comúnmente se habla de lagunas de la ley (debiera decirse de la legislación), ambos términos resultan demasiado estrechos, ya que el problema debe plantearse no sólo en lo que a los preceptos legales concierne, sino en general relativamente a todos los que emanan de las mencionadas fuentes . Cuando la cuestión se enfoca de esta manera, el aserto de que en ese conjunto existe un vacío simplemente significa que el caso no reproduce la hipótesis de ninguno de ellos o, en diferentes palabras, que los que proceden de las fuentes formales no pueden aplicarse a la situación que el intérprete tiene a la vista”.

Cuando se habla de lagunas del derecho, la tarea de definición no se vuelve más fácil, pues el concepto del derecho como tal, puede ser tan amplio y tan variado en función de la corriente por la que se opte para comenzar a abordar dicha definición. Es por ello que algunos tratadistas han preferido superar dicho conflicto para decidir hablar sobre las lagunas del ordenamiento jurídico, situación con la que desde luego es más fácil vincular a la noción inicial de lagunas de la ley. Esto

²⁶² GARCÍA Maynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 36.

sin dejar de considerar las implicaciones teóricas o semánticas que dichas formulaciones tienen.

Para Carlos Santiago Nino²⁶³ las lagunas surgen cuando no existe una solución o una respuesta a un caso concreto específico, mientras que para Prieto Sanchís²⁶⁴ se puede referirse a una laguna implica que un cierto caso no se correlaciona con alguna calificación normativa, esto es, no lo declara, permitido, prohibido ni ordenado.

En este sentido, las lagunas jurídicas son la inexistencia de una norma dentro del ordenamiento para regular un caso determinado, ya sea por la falta de una normatividad objetiva o por la falta de una solución o respuesta establecida.

Los posicionamientos se van matizando conforme se avanza en el estudio de autores, pues existen algunos que pareciera abren la puerta al plano del eclecticismo en la materia tal como los hace Karl Larenz,²⁶⁵ para quien una laguna no solo implica la ausencia de una disposición normativa regulativa, sino la ausencia de coherencia como una de las características propias del ordenamiento jurídico, entendida esta última como la inexistencia de incompatibilidades en el mismo. Frente a estas corrientes teóricas con espíritu positivista, se encuentran posicionamientos que comprenden a las lagunas no solo como un binomio de

²⁶³ SANTIAGO Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 2013, p. 281.

²⁶⁴ PRIETO Sanchís, Luis, *Apuntes de la teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2008, p. 124.

²⁶⁵ LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 359.

inexistencia o vacío, sino que permiten que se hable de lagunas cuando a pesar de existir la disposición normativa, esta es deficiente.

Soluciones a las lagunas jurídicas

En aras de atender al principio de seguridad jurídica, se busca eliminar o extinguir las condiciones que generan las lagunas jurídicas y su existencia misma, entendidas estas como carencias normativas que deben ser corregidas por medio de una serie de reglas que sirvan como fortalecedoras del ordenamiento jurídico.

Por su parte, Norberto Bobbio²⁶⁶ ha planteado las estrategias a seguir para el cumplimiento de esta encomienda, a través de una noción general de métodos de solución a lagunas jurídicas: la autointegración y la heterointegración del sistema jurídico.

Autointegración

Cuando se refiere a la autointegración, se alude a un método dentro del cual es el propio sistema el que echa mano de sus recursos para solventar las lagunas, es decir, por medio de las propias normas que forman la estructura del ordenamiento se busca allegarse de elementos que puedan actuar como cubiertas que impidan que el vacío en la aplicación del derecho siga existiendo a modo de un 'hágalo usted mismo'.

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1998, p. 2.

Asimismo, Bobbio considera que la autointegración está presente cuando los mecanismos de integración o sus fuentes se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, en su interior funcional, sin tener que salir de él para completarlo. Las vías autointegrativas serán entonces la analogía y el empleo de los principios generales del derecho.²⁶⁷

Analogía

La analogía consiste en superar las lagunas jurídicas a través de la aplicación de normas que se incluyen en el propio ordenamiento y que regulan casos similares. Esto se logra a través de un ejercicio lógico a partir de otras soluciones contempladas por el derecho a un caso semejante, mediante la vía de la deducción en función de una similitud de hipótesis entre la del caso no regulado y uno que si lo esté. Es una generalización de las normas particulares existentes para poder encontrar un 'principio' subyacente.²⁶⁸

En términos sencillos, la analogía consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas, donde una ha sido prevista legalmente y la otra no, las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Es importante considerar

²⁶⁷ FERNÁNDEZ Bulté, Julio, *Teoría del estado de derecho*, Ed. Felix Varela, La Habana, 2005, p. 224.

²⁶⁸ GALIANO Maritian, Grisel y Deyli González Milian, *La integración del derecho ante las lagunas de la ley. necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho*. 2012 [Disponible online en: http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2270/3119#n_14] (Consultado el 23 de agosto de 2017 a las 13:45 horas)

que para la aplicación de la analogía, el estudio de la norma debe ser hasta el fondo de la '*ratio legis*' para determinar el sentido que el legislador buscó dar.

Julio Fernández Bulté²⁶⁹ hace una clasificación interesante al dividir a las analogías en razón de los recursos a los cuales echan mano para la solución de las lagunas jurídicas. Identifica a la *analogía legis* y a la *analogía iuris*: la primera es aquella que aplica normas legales a casos similares, mientras que la segunda busca la solución a la laguna en los principios generales del derecho, empleando los que se refieran más a la materia o cuestión que ocupe a la laguna.

Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son las directrices generales que dan fundamento o esencia al orden jurídico vigente y por lo tanto contienen los rasgos más esenciales del ejercicio regulatorio, pero no solo en las normas sino en las propias instituciones, en los postulados constitucionales y hay quienes consideran que forman parte del consciente de la tradición jurídica.

Por ello, Fernández Bulté²⁷⁰ los identifica como "*aquellas apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son cambiantes, pues están en constante desarrollo y dependen de las condiciones históricas del territorio donde se desenvuelva*".

²⁶⁹ FERNÁNDEZ Bulté, Julio, *Op. Cit.*, p. 234.

²⁷⁰ *Ídem*.

Por otro lado, Gustavo Zagrebelsky²⁷¹ hace énfasis en el cuidado que se debe tener de no confundir a los principios con las reglas, pues el empleo de unas y de otros desemboca en resultados distintos: *“Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir a la constitución de la ley”*.

A través de los principios se expresa una valoración de carácter deontológica respecto de la conducta humana que debe prevalecer en determinadas situaciones. Por ello es que hay principios de naturaleza expresa que tienen carácter general y que se consideran por sí mismos como normas positivas; por otro lado, existen principios no expresos que tienen que ser descubiertos por medio de ejercicios de abstracción y razonamiento teleológico que se adhieren a la esencia de un sistema.

Heterointegración

A través de los métodos de heterointegración se intenta solucionar las lagunas echando mano de recursos que se encuentran fuera del ordenamiento jurídico, esto por medio de fórmulas fuera de la ley positiva. Fernández Bulté²⁷² los considera como aquellos en los que el sistema jurídico recurre a otro sistema

²⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, tratados, justicia*, Trotta, Madrid, 2005, p 109

²⁷² FERNÁNDEZ Bulté, Julio, *Op. Cit.*, p. 222.

jurídico diferente para llevar a cabo una labor complementaria. Naturalmente la heterointegración acudirá a la costumbre, a la jurisprudencia y hasta nociones de carácter axiológico para aplicar dichos instrumentos frente al defecto de la ley.

Existen dos métodos de heterointegración: la propia y la impropia. La heterointegración propia se consigue mediante la aplicación de alguna norma que pertenece a otro ordenamiento totalmente distinto de aquel en que tales lagunas se han producido. La heterointegración impropia surge cuando se recurre a normas que si bien pertenecen al propio ordenamiento, están integradas en un sector o campo del mismo que es distinto de aquel en el que se produce la laguna.

Clasificación de lagunas

Las lagunas, al igual que diversos elementos en la teoría del derecho, también han sido clasificadas a lo largo de la historia en función de diversos factores con la finalidad de poder identificarlas cuando surgen.

Uno de los autores que realiza una clasificación es Lombardi Vallauri, pues las identifica como estáticas o dinámicas. Serán estáticas aquellas derivadas de una deficiencia del texto normativo en sí, traducidas estas en las imitaciones que el legislador pudo prever, pero no lo hizo al crear la ley. Las dinámicas son aquellas que el legislador no tuvo oportunidad de prever por la realidad que imperaba en el momento de la creación de la norma; estas atienden a la evolución de las

condiciones y necesidades sociales, es decir, podrían ser consideradas como lagunas por falta de adaptación.²⁷³

Las lagunas estáticas tienen dos subgrupos. El primero de ellos es el de las lagunas por defecto y el segundo es el de las lagunas por contradicción. Las lagunas por defecto son aquellas que surgen por la inexistencia de la norma aplicable al caso concreto derivado que la norma simple y llanamente no está o porque esta es incompleta.

Las lagunas por contradicción pueden aparecer en dos niveles: el gramatical (antinomias) y el de lógica jurídica. A nivel gramatical también suelen conocerse como lagunas de colisión, en las que existe una contradicción de postulados de disposiciones normativas dentro de las cuales no se establecen criterios para poder extinguir la laguna. Al nivel de la lógica jurídica se atiende a una contradicción en la interpretación de normas que no necesariamente se contradicen a nivel gramatical.

Larenz considera que si el vacío se encuentra dentro de una disposición del ordenamiento jurídico, merece el calificativo de laguna normativa o legal, pues dentro del compendio de disposiciones normativas del ordenamiento no hay una capaz de resolver el conflicto en particular que se suscite. Asimismo el autor considera que si para la consideración de la laguna se parte del ordenamiento

²⁷³ POOLE Derqui, D., *El derecho de los juristas y sus implicaciones: un diálogo con Lombardi Vallauri*, DYKINSON, Madrid, 1998, pp. 63-70.

jurídico ideal, éstas lagunas se vuelven de carácter ideológico cuya extinción corresponde a la política legislativa general, considero sumar al poder judicial como un ente dotado de capacidad para reconocerla y ordenar su extinción.²⁷⁴

Otro estilo de clasificación las divide en propias e impropias. Siendo las propias aquellos vacíos normativos del ordenamiento jurídico en sí y las impropias las que resultan del ordenamiento jurídico vigente cuando es objeto de comparación con otro ordenamiento de tipo paradigmático. Mientras que para las primeras la solución se encuentra en el ejercicio interpretativo integral de los intérpretes, las segundas exigen la remodelación de la estructura normativa a través de los medios legislativos o jurisprudenciales.²⁷⁵

Existen para otros autores las lagunas subjetivas y las lagunas objetivas. Se pueden explicar de forma sencilla señalando que las subjetivas nacen de la actuación en presencia de error o desconocimiento por parte del legislador. Mientras que las objetivas se explican como aquellas que son objeto del paso del tiempo y resienten el dinamismo de las sociedades.²⁷⁶

²⁷⁴ LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 365.

²⁷⁵ FERNÁNDEZ Galiano, A. y Benito de Castro, *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, UNIVERSITAS, Madrid, 1993, p. 188.

²⁷⁶ GALIANO Maritán, Grisel y Deyli González Milian, *La integración del derecho ante las lagunas de la ley. necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho*. 2012 [Disponible online en: http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2270/3119#n_14] (Consultado el 23 de agosto de 2017 a las 14:51 horas)

Por su parte Norberto Bobbio²⁷⁷ las divide en voluntarias e involuntarias, siendo las voluntarias aquellas que el legislador decide hacer permanecer derivado de la complejidad de la materia que tratan haciendo que la carga de la extinción de dicha laguna corresponda al juez. Las lagunas involuntarias por el contrario derivan del descuido legislativo.

El conocimiento de la clasificación de las lagunas facilita la ubicación de las mismas y por ende facilita la búsqueda por un mecanismo cuya implementación las extinga. Sin embargo existe un tipo de lagunas cuya profundidad remite al empleo de los elementos más primigenios de la norma, aquellos que quizá para el positivismo más recalcitrante, no deberían tener cabida cuando se trata un ordenamiento jurídico, aquellas cuyo vicio radica en un aspecto de carácter ideológico que implica el debilitamiento de un valor propio de las teorías del derecho natural como la justicia misma.²⁷⁸

Lagunas axiológicas

Una laguna axiológica va más allá del plano de lo normativo. Las lagunas axiológicas no surgen en un escenario de normatividad inexistente, sino en la ausencia de una normatividad justa.²⁷⁹ En estos casos no existe una norma

²⁷⁷ BOBBIO, Norberto, *Teoría dell'Ordinamento Giuridico*, Giapichelli editore, Torino, p. 163.

²⁷⁸ NAVARRO, Pablo E., *Lagunas, permisos y discreción*, Revista análisis filosófico, 2013, [Disponible online en en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96362013000100008] (Consultado el 24 de agosto de 2017 a las 22:56 horas)

²⁷⁹ HERNÁNDEZ Rodríguez, María Victoria, *El problema de las lagunas, rasgos distintivos y razones de las peculiaridades de las lagunas canónicas*, Anuario de derecho canónico, Abril 2015, p. 165.

adecuada o que pueda ser tomada como justa a la luz de la moral que rige el contexto en el cual se desarrolla el estado constitucional de derecho de un determinado pueblo.

El estado constitucional de derecho como referente del modelo de derecho contemporáneo, juega un papel trascendental en la concepción de este tipo de lagunas. En este paradigma la constitución es una fuente de derechos y obligaciones; no solo establece las pautas de creación que el legislativo debe seguir para producir las leyes que contendrán las diversas disposiciones normativas, pues en este modelo las determinaciones constitucionales irradian sobre la totalidad de los operadores jurídicos con la finalidad de establecer un orden social integral.

Asimismo el parámetro de justicia se contiene dentro de los principios que forman la base constitucional y la ley, funge como un brazo que se extiende en la medida que la propia norma fundante lo permite con base a sus exigencias y postulados tanto a nivel sustantivo como adjetivo.²⁸⁰

En el mismo orden de ideas, Prieto Sanchís²⁸¹ llama a esta situación '*estado de rematerialización constitucional*' y considera que los principios y directrices del mismo tienden a la satisfacción de los valores inmersos en la moral que se vincula

²⁸⁰ POZZOLO, Sussana, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, Doxa, No. 21, Vol. 2, 1998, p. 341.

²⁸¹ PRIETO Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2007, p. 119.

con el derecho, pero no en el sentido teológico propio del iusnaturalismo, sino de la aceptación de una carta magna de connotación axiológica, cargada de valores y principios aceptados por la colectividad que exigen un razonamiento jurídico que pueda incluir dichas cualidades en su desarrollo.

En el estado constitucional de derecho las reglas establecen pautas respecto del qué se debe hacer, qué no se debe hacer y cómo se debe hacer algo, estableciendo incluso las consecuencias jurídicas de cada supuesto. Los principios configuran este binomio de derecho fungiendo como mandatos de máxima optimización que determinan los criterios que deben adoptarse frente a situaciones concretas.

La laguna axiológica se presenta como un ordenamiento de naturaleza jurídica dotado de determinada calificación normativa, pero que desde la perspectiva del interprete, por cualquier razón ha sido afectada o menoscabada en un aspecto que implica una desatención a las exigencias de la justicia constitucional y por tanto, provoca que no se vea satisfecho lo dispuesto en el contenido de la norma suprema.²⁸²

²⁸² NUÑEZ Leiva, J. Ignacio, *Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios constitucionales, Año 10, No. 2, 2012, p. 525.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han abordado diversos temas que conducen a diferentes escenarios, mismos que al concatenarse unos con otros, dan como resultado la demostración de que la inaplicabilidad de la declaratoria general de inconstitucionalidad se constituye como una violación a los derechos fundamentales de las personas contrariando lo dispuesto por el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ya en el capítulo primero se expuso el desarrollo de los modelos y los medios de control constitucional. La evolución histórica de los mismos y el contenido de los mismos, llevan a conocer los antecedentes de la declaratoria general de inconstitucionalidad regulada en el plano constitucional.

Asimismo, a partir del conocimiento de su naturaleza se pudo conocer la arista teleológica de dicha figura, encontrando que la esta se constituye como una institución normativa que busca servir como catalizador en la ampliación de cobertura o protección de los derechos fundamentales frente a normar que se configuren como potenciales transgresoras de los mismos.

No obstante lo anterior, dicho capítulo sirvió para exponer la excepción impuesta para su aplicabilidad en materia tributaria, sin que se pudiese obtener más justificación de la exposición de motivos o de la construcción legislativa que la estabilidad de las finanzas estatales, producto de un ejercicio argumentativo

contradictorio en el empleo de principios que permea en el resultado final de fundamentación.

Por otra parte, el capítulo segundo brindó el marco teórico referencial sobre el cual es posible establecer que si bien es cierto, las concepciones de la justicia son tan variadas como la existencia de autores y corrientes ideológicas, no menos cierto resulta el hecho de que todas convergen en la necesidad de estándares conceptuales mínimos en las situaciones de hecho, que garanticen el pleno respeto a la dignidad de las personas, configurando condiciones de desarrollo y subsistencia que universalmente pueden ir más allá de lo dispuesto por el agente estatal y de una acotada construcción de la idea de la estabilidad financiera del estado.

De esta manera, dichos planteamientos ideológicos correspondientes a la justicia en general, aterrizan con una forma o una naturaleza propia del ámbito de la justicia tributaria, donde su existencia fáctica y su aplicación tienen una real repercusión en la vida de las personas y del Estado constitucional o democrático de derecho.

Finalmente, la confrontación de la existencia de un medio de control constitucional limitado como lo es la declaratoria general, contra el marco teórico de los postulados de justicia y justicia tributaria, condujo en el capítulo tercero a la necesidad de someter el escenario a su análisis bajo la luz de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para

dar cuenta que por sí misma, la excepción de esta institución contraviene a los principios dispuestos en la mencionada disposición constitucional, pues desde la imposición de la cláusula abierta y de la jerarquía normativa en materia de derechos humanos se estableció el reconocimiento para su plena protección, respeto y promoción como más adelante habrá de establecer el mismo artículo en su contenido.

El sometimiento de la inaplicabilidad en materia tributaria de la declaratoria general de inconstitucionalidad a lo dispuesto por el artículo primero, consecuentemente condujo, tal y como quedó expuesto, a la demostración de un vacío que, en un primer momento o en un sentido formal, se pudiese considerar adjetivo, pero que dada la naturaleza y contexto del mismo, deriva en uno de proporciones sustanciales, pues más allá de ser inconstitucional, se vuelve inconvencional al ser por sí mismo, una injustificada transgresión a los derechos fundamentales o los derechos humanos de las personas reconocidos tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales en la materia.

Se ha expuesto ya la conformación del estado constitucional del derecho como el reflector frente al cual ha de analizarse la justicia tributaria para determinar su cumplimiento en México. Esto conduce a deducir que el juez tiene entre sus fuentes de derecho a la ley pero principalmente a la constitución.

Aunque pareciera que la jerarquía entre disposiciones remite al sacrificio de valoraciones de la justicia frente a una laguna o un conflicto de normas, para

algunos juristas no tiene que ser así. Nuñez Leiva²⁸³ considera que puede limitarse a un ejercicio de postergación de la ley frente a la constitución; pues al declararse la invalidez de un precepto legal, los efectos no necesariamente implican la expulsión de la misma, sino que es posible mantenerla en el horizonte jurídico, siempre y cuando se existan mecanismos que la dirijan a atender a los principios contenidos en la carta magna y el intérprete la tome como aplicable.

Ciertamente esto no resuelve de fondo el asunto pues se vuelve al caso en el que se mantiene la vigencia de una norma que ya ha sido declarada inconstitucional y por supuesto no se atendería a los parámetros de justicia exigidos por la constitución.

Esta estampa, la de la permanencia de leyes declaradas inconstitucionales, la de una declaratoria general de inconstitucionalidad con cobertura parcial en materia tributaria, no es otra cosa más que la consolidación de un vacío, no normativo, sino de justicia en la materia. Un vacío traducido en una laguna de naturaleza axiológica, identificado por la propia constitución en sus principios generales y en los concernientes al contenido de los derechos fundamentales de las personas.

La omisión de dotar de efectos generales a las determinaciones de inconstitucionalidad sobre normas fiscales, claramente es agujero negro en la integración de la justicia tributaria y de la misma forma es una contravención a los

²⁸³ *Ibidem*, p. 526.

principios de equidad, proporcionalidad, capacidad contributiva y demás paradigmas tributarios reconocidos por la doctrina internacional de la materia.

La plenitud del ordenamiento jurídico en el sentido positivista ha sido rebasada y desde el plano de lo constitucional no ha sido cubierta; entendida la constitución como un bloque que admite lo dispuesto en el derecho internacional de los derechos humanos. Contrario a ello, se vislumbra como una incongruencia entre disposiciones que dejan en un limbo derechos a aquellos que no pueden acceder a una 'justicia' jurídicamente individualizada frente a una materia que no tendría que serlo: la tributaria.

Es preciso retomar las bases de una verdadera prudencia jurídica (jurisprudencia), en el sentido adecuado de lo que constituye la palabra prudencia, un sentido que va más allá de entender al concepto como un ejercicio de prevención o cautela. La prudencia debe ser concebida desde la virtud remitiéndose como base hasta las nociones aristotélicas que la entienden como la deliberación de lo bueno y de lo útil.²⁸⁴

La evolución de la concepción de la prudencia, demuestra que el concepto se ha integrado por la facultad de razonar evocando al pasado y construyendo en el presente, manteniendo la flexibilidad frente al cambio y discerniendo respecto de

²⁸⁴ ARAIZA, Jesús Manuel, *La prudencia en Aristoteles: una hexis praktike*, 2014 [Disponible online en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-66492014000100006] (Consultado el 23 de agosto de 2017 a las 22:16 horas)

la realidad del contexto actual, tomando una decisión correcta que beneficie a la colectividad.²⁸⁵

De esta manera, la prudencia relacionada al ámbito jurídico se convierte en un paradigma moral que construye a la justicia desde un ejercicio práctico y deductivo del razonamiento, que permite identificar en casos particulares y concretos, los principios universales que los rigen, sin que por ello se deje de partir de la realización del tradicional ejercicio silogístico pragmático de aplicación del derecho.²⁸⁶

La crisis que vive el derecho tributario derivada del formalismo propio de un estado que se niega a abandonar en su totalidad el corte legalista, puede ser combatida una vez que se asume la verdadera jurisprudencia, aquella que se aleja del reduccionismo jurídico, aquella que reconoce en varios ámbitos la funcionalidad y sobre todo, la obligación de atender a los principios del derecho constitucional contemporáneo así como los principios de la justicia tributaria dirigidos a la salvaguarda de la dignidad de las personas, en este caso del contribuyente.

Carlos Ignacio Massini²⁸⁷ ha hecho una consideración de la importancia de la prudencia interpretativa, pues señala que esta interpretación práctica juega un

²⁸⁵ ANTONELLI, Marcelo Sebastián, *Vitalismo y desubjetivación. La ética de la prudencia en Gilles Deleuze*, Signos Filosóficos, Vol. 15, No. 30, México, Julio-Diciembre 2013

²⁸⁶ VERGARA Nava, Silvino, *Op. Cit.*, pp. 308-309.

²⁸⁷ MASSINI Correas, Carlos Ignacio, *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*, Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica, Vol. 19, No. 2 Junio-Diciembre 2010 [Disponible online en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422010000200007] (Consultado el 27 de agosto de 2017 a las 14:58 horas)

papel muy importante cuando se entiende que su función natural es la de habilitar el entendimiento de forma práctica para poder lograr la mayor objetividad posible acerca del obrar humano desde una perspectiva moral.

Solo así se abandonará la figura del juez autómatas experto en el empleo de silogismos lógicos, pues será remplazado por un operador jurídico capaz de realizar valoraciones sociales que podrán cubrir los vacíos normativos con un enfoque de derechos fundamentales.²⁸⁸

Las relaciones que surgen del derecho administrativo, y en este caso el fiscal, son aquellas que vinculan al gobernado con la autoridad, y se ha demostrado que en la mayoría de los casos, las autoridades pertenecientes al poder ejecutivo no realizan más que ejercicios subsuncivos de la ley al aplicarla en casos concretos.

En cierta manera se podría defender que ese actuar sea entendible, dada la naturaleza de sus funciones, aún y cuando esto implique desatender las obligaciones sentadas en el artículo primero constitucional. Lo que no resulta entendible ni permisible es que esto se traslade al campo de la construcción de normas por parte del legislativo y su aplicación, así como su interpretación por parte del judicial.

²⁸⁸ SILVA Tamayo, E. Gerardo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 169-183.

La justicia es uno de los máximos principios del derecho constitucional y la interpretación prudencial elimina la necesidad de establecer el sacrificio de este principio frente a otros, al partir de concepciones más amplias del derecho que permitan realizar valoraciones extensivas para resolver conflictos con algo más que la simple aplicación de la literalidad de la ley, que ciertamente se aleja de lo que debe ser considerado como justo.

La razón práctica en el campo del derecho exige que el conocimiento en la materia no se mantenga estático en un acto de mera contemplación, sino que debe ser dirigido a valorar el actuar tanto de los ciudadanos, como del estado por medio de los órganos que ejercitan el poder público, cuando de por medio se comprometa el valor de la justicia, pues solo a través de ella se lograrán salvaguardar los derechos mínimos de los gobernados.²⁸⁹

Esta labor hermenéutica de generación de criterios a favor de las personas, es una obligación de rango constitucional que ha sido desarrollada en este trabajo y que en la realidad no se atiende cuando se examina a la luz de los alcances de la declaratoria general de inconstitucionalidad y de la justificación de su excepción en la seguridad jurídica.

Es la colisión del principio de la justicia contra el de seguridad jurídica, uno de los factores que en el discurso han determinado la existencia de la excepción en el

²⁸⁹ VIGO, Rodolfo Luis, *De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración*, Dikaion, Vol. 21, No. 1, Cundinamarca, Junio 2012, p. 188.

multicitado medio de control constitucional. No obstante, no es necesario que esta confrontación exista, incluso es incorrecto que se considere, pues no son antítesis uno del otro, de hecho la seguridad jurídica es un apartado de la justicia al ser un presupuesto del orden en la sociedad.

Se debe comenzar con superar el estado en el cual las justificaciones de la autoridad se encuentran exclusivamente en la ley, fundamentando decisiones en argumentos únicamente formales y no sustanciales. Es inconcebible hablar de un *derecho justo* -sabiendo que la justicia es un valor del derecho- mientras se busca proteger la seguridad jurídica, cuando está última se encuentra investida de atentados contra la justicia; es irracional y paradójico pues ¿qué tipo de seguridad jurídica se brinda en un ámbito de derecho injusto?

Frente al paradigma contemporáneo de los derechos humanos o los derechos fundamentales, resulta sencillo entender que la justicia es un valor que prevalece sobre el de la seguridad jurídica cuando se ha demostrado que esta última se configura como una potencial violación contra ellos. La posición de la seguridad jurídica queda muy bien definida en términos de lo que García Manrique²⁹⁰ señala cuando establece que “*la seguridad jurídica no vale por sí misma, sino por aquello que garantiza*”. La seguridad jurídica tiene valor de connotación moral cuando se demuestra como portadora o promotora del aspecto material de la justicia.

²⁹⁰ GARCÍA Manrique, Ricardo, *Radbruch valor de la seguridad jurídica*, 2008 [Disponible online en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217071.pdf>] (Consultado el 29 de agosto de 2017 a las 22:14 horas)

La búsqueda de la recaudación no puede emprenderse en la nave de la injusticia, aún y cuando esta nave porte la bandera de la legalidad y la seguridad jurídica para justificar su travesía.

Ese vacío de la justicia tributaria que representa la excepción fiscal para la emisión de declaratorias generales de inconstitucionalidad queda suficientemente explicado en las palabras de Radbruch²⁹¹ cuando indica: “...donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica...no se puede definir el derecho, aún el derecho positivo, de otra manera que como un orden o una institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia”.

La justicia es un concepto que como se ha visto, se aborda de diferentes maneras según los contextos, y más que la búsqueda de su esencia, resultaría conveniente empezar a realizar su análisis en función de cómo se presenta en cada sistema normativo y en cada colectividad a luz de todos los paradigmas que se han construido por las diferentes sociedades.

²⁹¹ RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 37-38.

Lo más adecuado es tomar los elementos que sobresalgan de los diversos posicionamientos a fin de poder comprenderla con todo y la abstracción de dicho concepto.

Si bien se puede estar de acuerdo en que trabajar por un concepto universal que se aleje del relativismo es casi utópico, esto no implica dejar de comprender a la universalidad desde su aspecto relativista, es decir, comprender los universos –sí, más de uno- por quién y para quién fueron creados, atendiendo a la naturaleza que puede brindar el cúmulo de principios que emanan o que dan origen a un sistema jurídico estatal, a un sistema de protección de derechos humanos a nivel continental y a un sistema proveniente de la evolución histórica oriental u occidental.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Carlos Santiago Nino Begründung der Menschenrechte*, en: BURKHARDT ZIEMSKE/THEO LANGHEID/HEINRICH WILMS/GÖRG HAVERKATE (eds.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele*, C. H. Bech'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997
- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997
- ALEXY, Robert, *Justicia como corrección*, Cuadernos de Filosofía de Derecho DOXA, Alicante, 1989
- ALEXY, Robert, *Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*, *The American Journal of Jurisprudence*, 2013
- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996
- ÁLVAREZ, Mario I. *Introducción al derecho*, McGrawHill, México, 2015
- AMATUCCI, Andrea, *La interpretación de la ley tributaria., Tratado de Derecho Tributario*, Temis, Bogotá, 2001
- ANTONELLI, Marcelo Sebastián, *Vitalismo y desubjetivación. La ética de la prudencia en Gilles Deleuze*, *Signos Filosóficos*, Vol. 15, No. 30, México, Julio-Diciembre 2013

- ARISTÓTELES, *Metafísica*, X, 7 , 1064°, Editorial Sudamericana, Buenos Aires
- ARRIOJA Vizcaíno, Adolfo, *Derecho fiscal*, Themis, México, 2000
- BASAVE Fernández del Valle, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2001
- BOBBIO, Norberto, *Teoría dell'Ordinamento Giuridico*, Giapichelli editore, Torino
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1998
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho, Lacune dil diritto*, Novissimo Digesto Italiano, IX, Turín, 1963
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Themis, Colombia, 2002
- BUSCAGLIA, Edgardo, *Vacíos del poder en México: el camino hacia la seguridad humana*, DEBATE, México, 2013
- BUSTILLO Marín, Roselia, *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2013
- BUTELER, Alfonso, *La presunción de inconstitucionalidad*, A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, año 15 no. 62, Octubre-Diciembre 2015
- CALVO Ortega, R., *"Hacia un nuevo derecho tributario"*, 2004, Revista Foro, Nueva época, núm. 0

- CANABELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo III, Editorial HELIASTA, Buenos Aires, 2003
- CAPELLETI, Mauro y Garth, Bryan, *El acceso a la justicia. La tendencia para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996
- CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, UNAM, México, 1987
- CARDENAS Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, NOSTRA-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009
- CARPIO Marcos, Edgar, *Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008
- CARRASCO Iriarte, Hugo, *Diccionario de derecho fiscal*, Oxford University Press, México, 2008
- DA SILVA Virgilio, Alfonso, La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 12, enero-junio de 2005
- DE AQUINO, Tomás, *Suma Teológica*, Tomo VI (trad. Francisco Barbado Viejo) Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1961

- DE BONECASSE, Julián, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, Porrúa, México, 1994
- DE LA GARZA, Sergio F., *Derecho Financiero Mexicano*, Porrúa, México, 2001
- DEL CASTILLO Del Valle, A., *Introducción básica al derecho procesal constitucional mexicano*, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2015
- DELGADILLO, Luis Humberto, *Principios de Derecho Tributario*, LIMUSA, México, 2012
- DÍAZ García, Iván, *Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto. Iusfundamentalidad y consecuencias*, Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012
- DIEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Trad. Claudia Ferrari, GEDISA, Barcelona, 1988
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Madrid, 1989
- ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Ediciones Coyoacán, México, 2014
- FERNÁNDEZ Bulté, Julio, *Teoría del estado de derecho*, Ed. Felix Varela, La Habana, 2005
- FERNÁNDEZ Galiano, A. y Benito de Castro, *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, UNIVERSITAS, Madrid, 1993

- FERNÁNDEZ Segado, Francisco, *“Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional”*, en DIREITO PÚBLICO N° 12, Abr-May-Jun/2006 – DOCTRINA ESTRANGEIRA
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (P.A. Ibañez y A. Greppi, trads.), Ed. Trotta Madrid, 2006
- FERREIRO Lapatza, Juan José. *Curso de Derecho Tributario*. Marcial Pons, Madrid, 2013
- FERRER McGregor, Eduardo, *Nuevo juicio de amparo*, Porrúa, México, 2013
- FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo, *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Right*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000
- FIX FIERRO, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Porrúa, 2003
- FIX ZAMUDIO, Héctor. *“Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”*, en el libro colectivo del mismo nombre, México, UNAM, 1977
- FIX-ZAMUDIO, Hector, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1964

- FIX-Zamudio, Héctor. "*Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica*", en PÉREZ ROYO,
- FLORES Zavala, Ernesto, *Finanzas Públicas Mexicanas*, Porrúa, México
- GARAY, Alberto F., *La enseñanza del caso "Marbury vs Madison"*, Revista sobre la enseñanza del derecho, año 7, número 13, 2009
- GARCÍA Manrique, Ricardo, *Radbruch valor de la seguridad jurídica*, 2008
- GARCÍA Ramírez, Sergio. "*Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno*", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, México, 2008
- GARZA García, Cesar, *Derecho constitucional mexicano*, McGraw-Hill, México, 1997
- GÓMEZ-Pinto, Luis Ricardo, *El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública*, 2011 Universitas, num. 122
- GONZÁLEZ Amado, Iván, *Derecho a la libertad, detención y subrogados penales. Revista de derecho penal y criminología*. Instituto de ciencias penales y criminológicas. Universidad externado de Colombia. Volumen XVI, No. 52, Sept-Dic 1994
- GUASTINI, Ricardo, *Interpretación y construcción jurídica*, ISONOMÍA, No. 43, octubre 2015
- GUASTINI, Ricardo, *Interpretación y construcción jurídica*, ISONOMÍA, No. 43, octubre 2015

- GUDIÑO Pelayo, José de Jesús, *Introducción al amparo mexicano*, Ed. Limusa, México, 2003
- HAMILTON Alexander, James Madison, John Jay, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abelardo, Perrot, Buenos Aires, traducción de Genaro R. Carrot, 1968
- HERNÁNDEZ Rodríguez, María Victoria, *El problema de las lagunas, rasgos distintivos y razones de las peculiaridades de las lagunas canónicas*, Anuario de derecho canónico, Abril 2015
- HERNÁNDEZ Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Porrúa, México 2015
- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992
- IDOWU W., William, *La doctrina de la obligación judicial y la obligación de obedecer el derecho*, DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho, No. 27, 2004,
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, México, 2007
- JAVIER et al. (coords.). *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Thompson Aranzadi, Pamplona, 2006
- KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Reclam, Stuttgart, 1990

- KAUFFMANN, A., *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, L. Villar & A.M. Montoya trads., Colombia, 2002
- KELSEN, Hans, *Rechtswissenschaft un logik*, en: *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, 1996
- KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en anuario jurídico, Ed. UNAM No. 1, México 1974
- LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley, una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001
- LLAMBIAS Acevedo, Juan, *Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del derecho natural*, Dianoia Anuario de Filosofía, No. 11, 1965
- MARTINEZ, EMILIO, *Justicia en 10 palabras, clave en ética*, Verbo Divino, Navarra, 1998,
- MENENDEZ Moreno, Alejandro,. *Derecho Financiero y Tributario Parte General. Lecciones de cátedra*, 4ª ed., Lex Nova, España, 2003
- NAVA Rodriguez, María Angélica, *Análisis de teorías y criterios de interpretación de las disposiciones fiscales o tributarias*, Revista de estudios socio-jurídicos, vol 12, No. 1, enero-junio, 2010
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004
- NORIEGA, Alfonso. *Lecciones de amparo*, Porrúa, México, 1975

- NOZICK, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991
- NUÑEZ Leiva, J. Ignacio, *Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios constitucionales, Año 10, No. 2, 2012
- PERELMAN, Chaïm, *De la justicia*, Universidad Autónoma de México, México 1964
- PEREZ Luño, Antonio Enrique, *Teoría del derecho*, Tecmos, Madrid, 2004
- PEREZ Royo, Fernando, *Derecho Financiero y Tributario*, Civitas, Madrid 2013
- PONCE, Jorge y Magdalena Tubio, *Estabilidad financiera: conceptos básicos*, Banco Central de Uruguay 2010, [Disponible en <http://www.bvrie.gub.uy/local/File/doctrab/2010/4.2010.pdf>]
- POOLE Derqui, D., *El derecho de los juristas y sus implicaciones: un diálogo con Lombardi Vallauri*, DYKINSON, Madrid, 1998
- POZZOLO, Sussana, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, Doxa, No. 21, Vol. 2, 1998
- PRIETO Sanchís, Luis, *Apuntes de la teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2008
- PRIETO Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2007

- PULIDO Ortiz, Fabio Enrique, *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*, Revista Prolegomenos-Derechos y valores, Colombia, 2011
- RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962
- RAMOS Quiroz, Francisco, “*El control constitucional y la Suprema Corte de Justicia: una perspectiva histórica*”, Ed. UBIJUS, México, 2013
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Trad. de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 2006
- RIBEIRO Toral, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, Porrúa, México, 2009
- RODRIGUEZ Manzo, Graciela, Juan Carlos Arjona Estévez y Zamir Fajardo Morales, *Bloque de constitucionalidad en México*, Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2013
- RODRIGUEZ, Gabriela, Alberto Puppo, Raymundo Gama y Jorge Cerdio, *Interpretación conforme*, (Coedición) Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (oacnudh) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (cdhdf), México, 2013
- RODRÍGUEZ-TOUBEZ Muñiz, Joaquín, *El iusnaturalismo de John Finnis*, Anuario de filosofía del derecho, Santiago de Compostela, 1993

- ROJAS Amandi, Víctor, *Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica*, en *La filosofía del Derecho Hoy* (Coord. Juan Federico Arriola Cantero y Víctor Rojas Amandi), Porrúa, México, 2016
- RUIZ Martínez, Ismael, *La acción de amparo*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, 2003
- SAGÜES, María Sofía, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, AA.VV. Derecho procesal constitucional, (Pablo L. Manili, coord.), Buenos Aires, Edit. Universidad, 2005
- SALGADO Ledesma, Eréndira, *Manual de derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2015
- SÁNCHEZ Gil, R., *La presunción de constitucionalidad. En la ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador el derecho*, (Vol. III pags. 365-412), México: UNAM, IMDPC, Marcial Pons, 2008
- SANTIAGO Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 2013
- SANZ Bayón, Pablo, *Sobre la tónica jurídica en Viehweg*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 16, 2013
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1996,
- SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación*, Mestas, Madrid, 2007
- SEGURA Ortega, Manuel, *El problema de las lagunas del derecho*, Anuario de filosofía del derecho, Santiago de Compostela, 1989

- SILVA Tamayo, E. Gerardo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006
- SIMÓN Otero, Liana, *Los principios de justicia tributaria en la historia constitucional cubana*, *Cuestiones constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 25, julio-diciembre 2011
- SUAREZ Rodríguez, José Julian, *El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista*, Revista Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas, Vol. 12, No. 22, enero-junio 2012
- VALLARTA Marrón, José Luis, *Argumentación Jurídica*, Porrúa-Facultad de Derecho, UNAM, México, 2011
- VALLARTA, Ignacio, *El juicio de amparo y el writ of Habeas Corpus*, México, Francisco Diaz de León, 1881
- VEGA García, Pedro. *Mundialización y derecho constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*. Porrúa-UNAM. México. 2002
- VERGARA NAVA, Silvino, *La utilidad de la filosofía en el derecho tributario*, Porrúa, México, 2009
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, GEDISA, Barcelona, 1997
- VIGO, Rodolfo Luis, *De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración*, Dikaion, Vol. 21, No. 1, Cundinamarca, Junio 2012

- VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas. Derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 2001
- VIZACÍNO Arriola, Adolfo, *Derecho fiscal*, Themis, México, 2008
- ZABALA Ortiz, José Luis, *Manual de Derecho Tributario*, Editorial Jurídica CONOSUR, Buenos Aires, 2001
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, tratados, justicia*, Trotta, Madrid, 2005,
- ZITTELMANN, E., *Las lagunas del derecho*, Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, 1922

FUENTES ELECTRÓNICAS

- AGUIAR, Fernando, *Teorías modernas de la justicia*, [Disponible en: http://javeriana.edu.co/personales/jramirez/PDF/Aguiar-teorias_modernas_de_justicia.pdf]
- ALEXY, Robert, *Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years* [Disponible online en: <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>]
- ARAIZA, Jesús Manuel, *La prudencia en Aristóteles: una hexis praktike*, 2014 [Disponible online en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-66492014000100006]
- BARRADAS Hernández, Austria Paola, *Obligaciones del estado frente a los derechos humanos*, 2013 [Disponible online en: <http://ux.edu.mx/wp->

content/uploads/Investiga/Revistas/Revista%2010/Art%C3%ADculo%202.pdf]

- BRAVO Arteaga, Juan Rafael, *Nociones fundamentales de derecho tributario*, 1997, [Disponible online en: https://books.google.com.mx/books?id=Ax7ocva1hc4C&pg=PA188&lpg=PA188&dq=naturaleza+de+la+relacion+juridica+tributaria&source=bl&ots=x_gH4EE5d&sig=790fJcPa36mvF5opzzexaObZe9o&hl=es&sa=X&ei=L57eULXuAeiE2gW1ooCwDA#v=onepage&q=naturaleza%20de%20la%20relacion]
- BREWER-Carias, Allan R., *La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional*, Cuestiones Constitucionales vol. 9 no. 2, Santiago, 2011, pp 623- 638 [Disponible online: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-5200201100020001#n7]
- CALVO Nicolau, Enrique, *Casos prácticos en la aplicación del principio de proporcionalidad de los impuestos*, 1990, [Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11137/10190>]
- CARBONELL Bellolio Flavia, *La regla de justicia de Perelman y las teorías de la argumentación jurídica*, [Disponible en : http://www.academia.edu/8165907/La_regla_de_justicia_de_Perelman_y_las_teor%C3%ADas_de_la_argumentaci%C3%B3n_jur%C3%ADdica]
- CARDENAS Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, 2009 [Disponible online en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/8.pdf>]

- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE YUCATÁN, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México*. [Disponible online: http://www.codhey.org/Tratados_Internacionales]
- DE SILVA Gutierrez, Gustavo. 2012. *La declaratoria general de inconstitucionalidad*. [Disponible online <http://gustavodesilva.com.mx/wp-content/uploads/2012/04/artdgi.pdf>]
- DÍAZ Palacios, Julio, *El estado constitucional de derecho en el marco de la descentralización de los países andinos*, 2010,[Disponible online en: http://www.bivica.org/upload/descentralizacion_paises_andinos.pdf]
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Capacidad*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=7HZdnLt>]
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Equidad*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=FzCUhhq>]
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Equidad*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>]
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Laguna*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=MoKYIPi>]
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Principio*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>]
- DICCIONARIO JURÍDICO EN LÍNEA. 2009. *Definición de cerciorati*. [Disponible online <http://www.popjuris.com/diccionario/definicion-de-certiorari/>]

- DICCIONARIO JURÍDICO EN LÍNEA. Martínez Rodríguez, Eugenio. 2010. *Definición de quo warranto.* [Disponible online en: <http://www.popjuris.com/diccionario/definicion-de-quo-warranto/>]
- DOMENECH Pascual, Gabriel, *El principio de legalidad y las potestades administrativas,* 2014 [http://www.uv.es/gadopas/2014.principio.legalidad.potestades.administrativas.pdf]
- ELHERALDOCO. 2013. Bolívar Acuna, Miguel. *El derecho del “Habeas Corpus”.* [Disponible online en: <https://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/el-derecho-del-habeas-corporus-130686>]
- ENCICLOPEDIA-JURIDICA, 2014, *Mandamus.* [Disponible online en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/mandamus/mandamus.htm>]
- ENRÍQUEZ Soto, Pedro Antonio, *La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos,* Cuestiones Constitucionales no. 32, ene-jun 2015, [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100004#notas]
- ENRÍQUEZ Soto, Pedro Antonio, *La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos,* Cuestiones Constitucionales no. 32, ene-jun 2015, [Disponible online http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100004#notas]

- FERNÁNDEZ Fernández, Vicente, *El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México*, Revista Ius, vol. 5, no. 27, Puebla, ene/jun 2011 [Disponible online http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100009]
- FERRAJOLI, Luigi, *Positivismo crítico, derechos y democracia*, 2001 [Disponible online en: www.cervantesvirtual.com/.../juspositivismo-critico-y-democracia-constitucional-0/]
- FIGUEROA Mejía, Giovanni Azael, *La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano*, 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pp. 251 [Disponible online: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/12.pdf>]
- GALIANO Maritall y Deyli González Milian, *Impacto de la lagunas jurídicas en la plenitud del ordenamiento jurídico*, 2012, [Disponible online en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/18/gmgm.html>]
- GALIANO Maritian, Grisel y Deyli González Milian, *La integración del derecho ante las lagunas de la ley. necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho*. 2012 [Disponible online en: http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2270/3119#n_14]
- GALIANO Maritian, Grisel y Deyli González Milian, *La integración del derecho ante las lagunas de la ley. necesidad ineludible en pos de lograr*

una adecuada aplicación del derecho. 2012 [Disponible online en: http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2270/3119#n_14]

- GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo de la economía*, 2014 [Disponible online en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo8.pdf]
- HALLIVIS Pelayo, Manuel Luciano, *Interpretación en Materia Tributaria*, 2013, [Disponible online en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2724/6.pdf>]
- INFANTE GARCÍA, Sergio Hernán, *La teoría de la justicia en el pensamiento de Arthur Schopenhauer : establecimiento y evolución del derecho positivo como afirmación de la voluntad*, 2012 [Disponible online en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113809/de-infante_s.pdf?sequence=1&isAllowed=y]
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM. (2017). *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia*. [Disponible online en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>]
- IÑIGUEZ Manso, Andrea Rosario, *La noción de categoría sospechosa y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso No. 43, Dic. 2014 [Disponible online http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013]

- KELSEN HANS, *¿Qué es la justicia?* [Disponible online: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44074.pdf>]
- LARA Borges, Oswald, Andrea Gastagnola y Anibal Pérez Liñan, *Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-2009*, Polit. Gob. Vol.19, no. 1, México, ene. 2012 [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372012000100001]
- MACHICADO, Jorge, "*¿Qué Es Un Principio?*", Apuntes Jurídicos™, 2013. [Disponible online en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html>]
- MARTINEZ Navarro, Emilio, *El pensamiento de Rawls y la teoría de la justicia*, 2011, [Disponible online en: <http://formacionhumana.iteso.mx/documents/11309/0/D-26147-4.pdf/34c9d574-621c-43b4-a1b5-8988bef2c77e>]
- MARTÍNEZ Ramírez, F. and Caballero González, E. (2017), *El recurso de la casación*, Corte Interamericana de Derechos Humanos [Disponible online en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25585.pdf>]
- MASSINI Correas, Carlos Ignacio, *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*, Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica, Vol. 19, No. 2 Junio-Diciembre 2010 [Disponible online en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422010000200007]

- MORESO, José Juan y Jahell Queral, *Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el derecho y la moralidad*, 2014 [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200007#notes]
 - NARVAEZ Herrera, Moises, *Nociones confusas de filosofía y nueva retórica: un análisis desde el giro pragmático en Chaïm Perelman*, [Disponible online en: <http://www.scielo.org.co/pdf/frcn/v53n156/v53n156a10.pdf>]
 - NAVARRO, Pablo E., *Lagunas, permisos y discreción*, Revista análisis filosófico, 2013,[Disponible online en en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96362013000100008]
 - ORREGO Sánchez, Cristóbal, *La crisis del positivismo jurídico: Kelsen, Hart, Bobbio*. [Disponible online en: <http://revistaderecho.ucn.cl/index.php/rducn/article/viewFile/307/305>]
 - PALLARES Yabur, Pedro de Jesús, *Ius Oritur Ex Facto. La realidad y la configuración de lo justo*, 2005 [Disponible online: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/.../2404>]
 - PÉREZ JARABA, MARÍA DOLORES, *Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart*, 2010 [Disponible online en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543/485>]
- Consultado el 14 de agosto de 2017 a las 22:51 horas]

- RAMIREZ, Jorge, *La regla de reconcomiento. Una somera visión de la tesis de Hart y Lipkin.* [Disponible online en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-163-185.pdf>]
- Real Academia Española, *Interpretar*, [Disponible online en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=interpretar>]
- SÁNCHEZ Gil, Rubén, *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Online <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/15.pdf> , México, 2012
- SODERO, Eduardo R., *La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del derecho*, 2015, [Disponible online en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-sodero-castellano.pdf>]
- UPRIMNY Yepes, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, 2008, [Disponible online en: <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/1..pdf>]
- VIGO, Alejandro G., *Ética y derecho según Kant*, Tópicos, No. 41, México, 2011, [Disponible online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-66492011000200004]

FUENTES NORMATIVAS

- ACTA CONSTITUTIVA y de reformas sancionada por el congreso extraordinario constituyente de los estados unidos mexicanos del 18 de mayo de 1847, art. 25 [Disponible online: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1847.pdf>]
- ACUERDO GENERAL 11/2011 del pleno del consejo de la judicatura federal relativo a la determinación del número y límites de los circuitos en que se divide la república mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios de circuito y de los juzgados de distrito. DOF 12-05-2011
- ACUERDO GENERAL número 11/2011 de cuatro de octubre de dos mil once, del pleno de la suprema corte de justicia de la nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, [Disponible online:http://207.249.17.176/Transparencia/XIV%20Acudos%20GnrIs%20Plenarios%20Juris%20Perm%20Vigentes/AGP_11_2011.pdf]
- ACUERDO GENERAL 14/2013 de nueve de septiembre de dos mil trece, del pleno de la suprema corte de justicia de la nación, por el que se levanta el aplazamiento dictado de la resolución de los amparos en revisión en los que se impugna la ley del impuesto a los depósitos en efectivo, publicada en el diario oficial de la federación del primero de octubre de dos mil siete, reformada mediante decreto publicado en dicho medio de publicación oficial del siete de diciembre de dos mil nueve, relacionado con el diverso 1/2011 de diecisiete de enero de dos mil once. [Disponible

online:[http://207.249.17.176/PLENO/AGPlenarios/Acuerdo%20General%20Plenario%20142013%20\(LEVANTA%20APLAZAMIENTO%20LIDE%20REFORMA%202009\).pdf](http://207.249.17.176/PLENO/AGPlenarios/Acuerdo%20General%20Plenario%20142013%20(LEVANTA%20APLAZAMIENTO%20LIDE%20REFORMA%202009).pdf)]

- CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, 1994, [Disponible online:
http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=26766&qu=c&c]
- CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, 1787, Enmiendas IV, V, VI y VII. [Disponible online en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>]
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario Oficial de la Federación*, 1917, última reforma publicada DOF 24-02-2017
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS [Disponible online en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm]
- DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2011, [Disponible Online: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/110_DOF_06jun11.pdf]
- INICIATIVA con proyecto de decreto por el que se expide la ley de amparo, reglamentaria de los artículo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reforman y adicionan diversas

disposiciones de la ley orgánica del poder judicial de la Federación, ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ley orgánica de la administración pública federal, ley orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y ley orgánica de la Procuraduría General de la República.

[Disponible online:
<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/nocionesrefconstitu/Exposici%C3%B3n%20de%20motivos%20proyecto%20de%20nueva%20Ley%20de%20Amparo.pdf>]

- LEY DE AMPARO, *Diario Oficial de la Federación*, Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2 de abril de 2013, última reforma publicada DOF 17-06-2016

RESOLUCIONES JUDICIALES

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Albán Cornejo y otros vs Ecuador*, 22 de noviembre de 2007
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*,
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso González y otras, "Campo Algodonero" vs México*, 16 de noviembre de 2009
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria*

de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, 23 de Noviembre de 2009
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA REPPETO Inés María v. Provincia de Buenos Aires (Fallos 311:2272 -LA LEY, 1989-B, 351-)
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA, HOOFT, Pedro v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 327:5118, 2004
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA, Radulescu, Alejandro C. v. Gobierno Nacional s/contencioso administrativo”, Fallos 290:83, 1974
- TESIS Aislada I.4º.A.464 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, febrero 2005, p 1744, registro 179233, Rubro: PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA
- TESIS Aislada P. XXXV/2010 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo XXXII, agosto de 2010, p 243, registro 163980, Rubro: PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. PARA QUE UN TRIBUTOS RESPETE ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL SE REQUIERE QUE EXISTA CONGRUENCIA ENTRE EL GRAVAMEN Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS SUJETOS, QUE ÉSTA ENCUENTRE RELACIÓN DIRECTA CON EL OBJETO GRAVADO Y QUE EL HECHO IMPONIBLE Y LA BASE GRAVABLE SE RELACIONEN ESTRECHAMENTE.

- TESIS aislada P./J. 85/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta época, t.LVIII, septiembre de 1938, p. 2581, registro 331320. Rubro: LEYES SECUNDARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS.
- TESIS Aislada P/J 4543/68, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, Volumen 80 primera parte, agosto de 1975, p 13, registro 232834, Rubro: CONGRESO DE LA UNION, FACULTAD IMPOSITIVA DEL. LIMITACIONES. PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD
- TESIS Aislada XI.1º.A.T.11 K (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época Libro 1, Tomo II, Diciembre 2013, p 1189, Registro 2005156, Rubro: LAGUNA JURÍDICO O DEL DERECHO O VACÍO LEGISLATIVO. PARA LLENARLO EL JUZGADOR DEBE ACUDIR, PRIMERO A LA SUPLETORIEDAD O LA ANALOGÍA Y, DESPUÉS, A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.
- TESIS Aislada XI.1o.A.T.46 L(10a) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 41, , Tomo II, Abril 2017, p 1783, Registro: 2014187, Rubro: PRUEBA PRESUNCIONAL HUMANA EN EL JUICIO LABORAL. ESTÁNDARES QUE DEBEN SEGUIRSE PARA ANALIZAR SU ACTUALIZACIÓN.
- TESIS Aislada XVIII.3º. 1 K (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, p 1838, Rubro: PRINCIPIO PRO HOMINE. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS.
- TESIS aislada, Amparo en revisión 334/1988, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava época, t.III, segunda parte, enero-junio

1989, p. 779, registro 229155. Rubro: SENTENCIAS DE AMPARO, RELATIVIDAD DE LAS.

- TESIS Jurisprudencial 1ª./J 121/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época* t. XXII, septiembre de 2005, p. 143, Primera Sala, registro 177264. Rubro: LEYES. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE PEDIR NO BASTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD.
- TESIS jurisprudencial P./J. 85/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época*, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 849, registro 170877. Rubro: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUPUESTO EN EL QUE SE JUSTIFICA LA INVALIDEZ Y CONSECUENTE EXPULSIÓN DE TODO EL SISTEMA NORMATIVO IMPUGNADO Y NO SOLO DE LAS PORCIONES NORMATIVAS DIRECTAMENTE AFECTADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD.
- TESIS Jurisprudencial P/J 10/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, Tomo XVII, MAYO DE 2003, p 144, registro 184291, Rubro: PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. DEBE EXISTIR CONGRUENCIA ENTRE EL TRIBUTO Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS CAUSANTES.
- TESIS Jurisprudencial P/J 109/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, Tomo X, noviembre de 1999, p 22, registro 192849, Rubro: CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. CONSISTE EN LA POTENCIALIDAD DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS PÚBLICOS.
- TESIS Jurisprudencial, 1a./J 2/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época*, t.XIX, marzo 2004, p. 104, registro 181938. Rubro: JURISPRUDENCIA. TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN

LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SON OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.