



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DE LIBERTAD DEL TRABAJO
Y DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEBEN PREVALECER
SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 89 DEL
CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

T E S I S

PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO

P R E S E N T A

GUSTAVO JIMÉNEZ GALVÁN

ASESOR: DR. MIGUEL ÁNGEL GARITA ALONSO

CIUDAD UNIVERSITARIA JUNIO 2009



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	I

CAPÍTULO PRIMERO. LA LIBERTAD Y LA GARANTÍA INDIVIDUAL

1.1 La Libertad.....	3
1.2 La Libertad como valor.....	7
1.3 La Libertad, esencial en el desarrollo del ser humano.....	10
1.4 La Garantía Individual.....	19
1.5 La Libertad y la Garantía Individual.....	33

CAPÍTULO SEGUNDO. LA GARANTÍA DE LIBERTAD Y LOS ARTÍCULOS 5to. Y 6to. CONSTITUCIONALES

2.1. La Libertad.....	38
2.1.1 Su carácter de irrenunciable.....	40
2.1.2 Su carácter de inalienable.....	44
2.2. La Garantía de Libertad.....	46
2.2.1 Su carácter de irrenunciable.....	53
2.2.2 Su carácter de inalienable.....	55
2.3. Artículo 5to. Constitucional.....	57
2.3.1 El trabajo como formación individual.....	63
2.3.2. La libertad de elegir el trabajo lícito.....	66
2.3.3. Limitantes a la libertad de elegir el trabajo lícito.....	70
2.4 Artículo 6to. Constitucional.....	78
2.4.1. La facultad de expresarse libremente.....	80
2.4.2. Prohibida la inquisición judicial o administrativa.....	83
2.4.3. Limitantes a la libertad de expresión.....	88

**CAPÍTULO TERCERO. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 89, EN SU
FRACCIÓN I Y PÁRRAFO IN FINE, DEL CÓDIGO
FISCAL DE LA FEDERACIÓN**

3.1. Artículo 89, fracción I.....	92
3.1.1. Responsabilidad de terceros.....	100
3.1.2. Infracciones en que incurrir los terceros.....	102
3.2 Artículo 89, párrafo in fine.....	105
3.2.1 Criterio del tercero y criterio de la autoridad fiscal.....	107
3.2.2 Condicionante del escrito.....	110

**CAPÍTULO CUARTO. LA FRACCIÓN I Y PÁRRAFO ÚLTIMO DEL
ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN
ATENTAN CONTRA LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES
DE LIBERTAD DEL TRABAJO Y DE LIBERTAD
DE EXPRESIÓN**

4.1. Ley Reglamentaria del artículo 5to. constitucional.....	113
4.1.1. Ejercicio profesional. Conocimientos científicos.....	114
4.1.2. Obligación del profesionista de brindar un servicio honesto.....	117
4.1.3. Obligación del profesionista de guardar secreto.....	119
4.2. El profesionista es el tercero a que hace referencia el artículo 89 del C.F.F.....	120
4.3. El artículo 89 del C.F.F. contraviene la garantía de libertad del trabajo del profesionista al condicionarle la prestación de su servicio profesional.....	123
4.4. El artículo 89 del C.F.F. contraviene la garantía de libertad de expresión del profesionista al condicionarle la libre manifestación de su criterio en forma escrita.....	129
4.5 El acto legislativo.....	134
4.5.1 Como violador de la garantía individual.....	136
4.5.2 Como protector de la garantía individual.....	141
4.6. Propuesta de reforma al artículo 89 del C.F.F.....	145
4.6.1. Fracción I. Debe adicionarse el supuesto del artículo 108 del C.F.F.....	148
4.6.2. Párrafo in fine. Debe derogarse.....	151
 CONCLUSIONES.....	 157
 BIBLIOGRAFÍA.....	 165

INTRODUCCIÓN

Es sabido por todos los estudiosos del Derecho que la ley debe cumplirse. Sí, por supuesto, cuando dicha ley es apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La interrogante es: ¿qué sucede cuando una ley no se adecua a la Constitución? La respuesta es que ese ordenamiento es inconstitucional y, por lo tanto, habría que impugnarse por los conductos adecuados. No obstante esto último, surgen nuevas interrogantes tales como: ¿por qué una ley es constitucional?, o lo contrario ¿cuándo una ley es inconstitucional?, ¿no se supone que los legisladores sólo crean ordenamientos que son apegados a la Constitución? Sabemos por la realidad que esto último no es del todo cierto; que nuestros legisladores en ocasiones elaboran ordenamientos que son inconstitucionales.

También sabemos que algunos de esos ordenamientos legales son de naturaleza fiscal. Luego, las leyes fiscales también pueden ser inconstitucionales. Aunque por supuesto, las leyes fiscales no son inconstitucionales porque nosotros así lo digamos, sino porque así lo debe declarar el Poder Judicial Federal.

En concreto, con las reformas y la nueva Ley Miscelánea Fiscal del año 2008, el Código Fiscal de la Federación sufrió una adición en el artículo 89, fracción I, con la que se establece que los terceros que asesoren, aconsejen o presten servicios para que los contribuyentes omitan total o parcialmente el pago de contribuciones, incurrirán en una infracción administrativa que amerita una sanción pecuniaria, a menos -según el párrafo in fine- que la asesoría, consejo o servicio se presten por escrito. Esto, a nuestra consideración, es violatorio de la Constitución y, en específico, de las garantías individuales consagradas en los artículos 5º y 6º. Es decir, es violatorio de las libertades del trabajo y de la expresión de las ideas.

Y lo es dado que el artículo 5º constitucional establece que el individuo puede escoger libremente el trabajo, profesión u oficio que más le agrade, siempre que sean lícitos, y que

ninguna autoridad podrá vedarle de esa libertad, a menos que sea por una determinación judicial o por resolución gubernativa y, por supuesto, siempre y cuando se den los supuestos que el mismo precepto establece. Por su parte, el artículo 6° señala que la expresión de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que se dé alguno de los cuatro supuestos que indica el mismo numeral.

La problemática que se presenta es que, cuando el Código Fiscal Federal, en su artículo 89 señala que la asesoría debe prestarse por escrito o podría incurrirse en una infracción con la consecuente sanción pecuniaria, está contraviniendo las libertades constitucionales, las garantías individuales y los derechos humanos de los terceros a que hace referencia. Y claro, esos “terceros” son cualquier profesionista, incluso los abogados que presten un servicio profesional a un contribuyente. Ergo, se condiciona su profesión a una modalidad y además, a priori, es objeto de una inquisición no administrativa sino legislativa.

Ahora bien, sabemos que existen trabajos de investigación anteriores al nuestro sobre la inconstitucionalidad de diversas leyes y por ende, sobre determinados preceptos legales. Incluso, estamos hablando de trabajos que abordan la inconstitucionalidad de leyes y preceptos legales en materia fiscal; en concreto, de la Ley del Impuesto sobre la Renta y ahora de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única. Sin embargo, debemos aclarar que nuestro tema de investigación no se ha abordado aún, no sobre el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, por lo que, si bien no es original sí en cambio es novedoso. Como consecuencia y estando conscientes de lo anterior, determinamos nuestro tema de estudio a la materia fiscal, a los ordenamientos jurídico-fiscales y en concreto al Código Fiscal de la Federación en su artículo 89, como ya se ha señalado.

Como hemos indicado líneas arriba, al artículo 89 del mencionado ordenamiento lo consideramos inconstitucional. No obstante, nuestra investigación no se reduce a afirmar ello; por ende, vamos más allá de tal punto. Es decir, no sólo analizamos el contenido de los preceptos constitucionales 5° y 6°, sino que también analizamos qué es una garantía individual, qué implican las garantías individuales y en concreto las de libertad del trabajo y libertad de expresión. Pero, para hablar de dichas libertades, abordamos el estudio de lo

que debe entenderse por tal concepto, es decir, la libertad, viendo cómo influye y afecta en beneficio o en perjuicio del individuo.

Una vez hecho lo anterior, es decir, que se han definido los principales conceptos y por lo tanto sabemos qué es la libertad, la garantía individual y las libertades del trabajo y de la libre manifestación de las ideas, aplicamos dicho conocimiento al contenido del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación y, en concreto a la fracción primera y al último párrafo, para hacer ver cómo contravienen las preceptos constitucionales que contienen tales garantías. Al hacerlo, demostramos que dicho precepto legal secundario viola a la Constitución Federal. Por lo que, finalmente y como consecuencia, se cuestiona no sólo acerca de la legalidad y validez de una norma o precepto legal de naturaleza fiscal, sino principalmente de su legitimidad legal, de su legitimidad social y, principalmente, de su legitimidad racional o filosófica, es decir, de su justeza.

Como se puede desprender de las líneas escritas, la investigación no sólo es importante por el tema de la inconstitucionalidad del Código Fiscal de la Federación en su artículo 89, sino también y principalmente trascendente. ¿Por qué? Porque no nos limitamos únicamente a señalar la inconstitucionalidad de un precepto puesto que nuestra argumentación va más allá, ya que proponemos la reforma del precepto estudiado. De esta forma, los sujetos que saldrían beneficiados serían los terceros a que hace referencia el artículo 89 del Código Fiscal Federal, así como los contribuyentes a los cuales se les preste un servicio profesional por parte de esos terceros.

En cuanto a la aportación que se hace a la ciencia jurídica, se traduce en señalar que el acto legislativo debe ser acorde con lo prescrito por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y no al contrario; es decir, los legisladores son los sujetos que más obligados están de respetar esa Constitución pero, en muchas ocasiones -por descuido, negligencia o ignorancia- elaboran leyes contrarias no sólo a la Constitución sino también a la esencia de la naturaleza humana, o sea, a la libertad del individuo. Dichos legisladores son los sujetos que deben velar y proteger los valores supremos tales como la libertad y la justicia, aun cuando el Derecho disponga otra cosa.

Con base en todo lo anterior, nuestro objetivo general es conocer y analizar el contenido del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, de manera conjunta con las garantías individuales de libertad del trabajo y de la libre manifestación de las ideas y demostrar que el precepto secundario contraviene dichas garantías y como consecuencia la Constitución.

Por lo tanto, para alcanzar tal fin, nuestros objetivos específicos son: primero, señalar y definir conceptos importantes para nuestra investigación, tales como libertad, valor, ser humano, garantía individual y así indicar cómo deben entenderse para la finalidad de nuestro trabajo y, con base en ello, señalar qué implica la relación de la libertad con la garantía individual. Segundo, analizar debidamente el contenido de los artículos constitucionales 5° y 6° y así argumentar en qué consisten las garantías de la libertad del trabajo y de la libertad de la libre manifestación de las ideas y, entonces, relacionar su significado con la libertad en general y asimismo, con la garantía de individual. Tercero, realizar una correcta exégesis de la fracción primera y del párrafo in fine del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, para descubrir su significado y así indicar qué debe entenderse por terceros y su responsabilidad, así como señalar qué autoridad y por qué condiciona la prestación de un servicio a que se haga por escrito. Cuarto, demostrar que el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, con su fracción primera y su último párrafo contravienen la Constitución y en concreto, las garantías individuales de los artículos 5° y 6° y las garantías individuales de libertad que resguardan. Asimismo, confirmar que el acto legislativo, lejos de ser protector de las garantías individuales se convierte en violador de tales garantías. Como consecuencia de ello, proponemos que se adicione la fracción primera con el contenido del artículo 108 del mismo Código Fiscal y la derogación del último párrafo.

Ahora bien, respecto al marco teórico-conceptual, señalamos que nuestra postura ante el Derecho es más de corte iusnaturalista que positivista, razón por la cual en este trabajo de investigación utilizamos diversas teorías que tienen relación y aplicación con nuestra problemática y su planteamiento, así como con las categorías o conceptos fundamentales que definimos adecuadamente.

Por lo tanto, nuestro marco teórico tiene su soporte en las teorías utilizadas en la presente investigación y con las cuales demostramos que nuestros argumentos son válidos: la Teoría General del Derecho, la Teoría del Derecho Natural, la Teoría General de la Obligación, la Teoría de la Obligación Jurídico-Tributaria, la Teoría del Acto Ético y la Teoría de la Argumentación Jurídica..

Así, la primera -en cuanto al trabajo de investigación en general- es la Teoría General del Derecho dado que la utilizamos para conocer lo que es el Derecho como un sistema normativo positivo, en donde se manejan diversos conceptos y que por nuestra parte definimos pues son conceptos fundamentales del Derecho y asimismo, importantes para nuestro trabajo, tales como: Derecho, ley, acto legislativo, constitución, persona jurídica, derechos humanos y garantía individual. Como segunda teoría, manejamos la del Derecho Natural o iusnaturalista y, en concreto, lo hacemos para conocer y definir los principales conceptos de naturaleza no necesariamente positivista o normativista, pero sí de corte iusnaturalista, tales como libertad, justicia, valor, derechos humanos, persona, e individuo.

Como tercera teoría que utilizamos está la Teoría General de la Obligación, para señalar, definir y saber a qué se deben constreñir tanto las autoridades como los gobernados en sus respectivas actuaciones pues, sabemos que todo derecho trae consigo una obligación tanto para las primeras como para los segundos. Una vez hecho esto último, a la Teoría General de la Obligación la reducimos a nuestro campo de análisis, en concreto, a la materia fiscal federal. La teoría que aplicamos y manejamos en materia fiscal federal es la cuarta de las señaladas, a saber, la Teoría de la Obligación Jurídico-Tributaria, con la finalidad de saber porqué una autoridad administrativa fiscal puede imponer -por una infracción administrativa- una sanción administrativa al sujeto infractor. Con ella, señalamos debidamente quiénes serían esos sujetos infractores, interpretando qué debe entenderse por *terceros que presten un servicio* en materia fiscal.

Por lo que respecta a la tarea del profesionista, es decir, a la prestación de un servicio profesional del mismo sujeto, aplicamos la Teoría del Acto Ético. Pero, no sólo del profesionista en general sino y en concreto del profesionista en Derecho que presta un

servicio profesional en materia fiscal; sujeto que debe actuar con completa eticidad y moralidad, no sólo en cuanto a los clientes a quien asesora sino también en cuanto a la autoridad que debe percibir el pago de las contribuciones.

Por último, sabemos que debemos convencer al lector de todos nuestros argumentos, con nuestros mismos argumentos. Es decir, tenemos que manejar adecuadamente las palabras, los términos y las expresiones para -con ello y sólo así- decir exactamente lo que queremos que el lector entienda. Darle el sentido exacto (o casi) a cada palabra, acudiendo para ello a las definiciones etimológicas y señalando entonces una valoración, nuestra valoración respecto de la problemática enunciada en las primeras páginas. Estamos hablando de esta manera de la sexta Teoría que manejamos en nuestro trabajo de investigación, o sea, la de la Argumentación Jurídica, con la cual se habla también de la Teoría del Discurso Racional, identificándola como Teoría de la Fundamentación Jurídica.

Una vez que ha quedado planteado el problema, señalamos la probable solución al mismo, es decir, nuestra principal hipótesis. O sea, la solución que por nuestra parte proponemos con el fin de que el Código Fiscal de la Federación no contravenga a la Constitución Federal, es que el primer ordenamiento se adecue al segundo. ¿Cómo es posible lo anterior? Reformando el artículo 89 en su fracción primera y en su párrafo in fine, en concreto, adicionando a la fracción primera el supuesto del artículo 108 del Código Fiscal Federal, y derogando el último párrafo del artículo 89 multicitado. Es por lo anterior que nuestro trabajo de investigación lo hemos intitulado: **LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DE LIBERTAD DEL TRABAJO Y DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEBEN PREVALECER SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.**

Para ello, y conforme a nuestro capitulado, en el primer capítulo, que se denomina: **La Libertad y la Garantía Individual**, se abordan temas tales como la misma libertad, considerándola desde sus propios orígenes; la manejamos como lo que es: un valor y, por ello, la señalamos como algo esencial para que el ser humano se desarrolle. Posteriormente,

explicamos lo que se ha entendido por garantía individual y relacionamos esta última con la libertad.

En el segundo capítulo, que se llama: **La Garantía de Libertad y los Artículos 5º y 6º Constitucionales**, nos avocamos al estudio tanto de la libertad como de la garantía individual, pero para demostrar su carácter de irrenunciables e inalienables. De inmediato elaboramos una interpretación de los textos constitucionales 5º y 6º para entender con exactitud qué significan y el porqué de su trascendencia en el ámbito de las garantías individuales, así como su relevancia con la libertad y los derechos humanos.

Por su parte, el capítulo tercero intitulado: **Exégesis del Artículo 89, en su fracción I y párrafo in fine, del Código Fiscal de la Federación**, contiene temas específicos en materia fiscal y, en concreto, del artículo 89 del Código Fiscal Federal. Como el título mismo lo indica, elaboramos una interpretación del precepto en cita, con la finalidad de hacer ver, primero: qué significan términos como por ejemplo: *terceros, asesorar o, prestar un servicio*; señalar quién o quiénes pueden incurrir en la infracción administrativa y por qué se harían acreedores a la sanción pecuniaria, sin entrar aún a la demostración de que dicho precepto en materia fiscal es inconstitucional.

Así, en el cuarto y último capítulo denominado: **La fracción I y párrafo último del Artículo 89 del Código Fiscal de la Federación atentan contra las Garantías Individuales de Libertad del Trabajo y de Libertad de Expresión**, entramos de lleno a la argumentación de nuestra hipótesis, a saber, sostener y demostrar que un precepto legal secundario viola dos preceptos constitucionales, por lo que el precepto secundario debe ser reformado, adicionando la fracción primera y derogando el párrafo in fine, para así, adecuarse a lo que ordena la Carta Magna. En otras palabras, demostramos que se violan las garantías de la libertad del trabajo y de la libertad de expresión con la labor de los legisladores al crear leyes secundarias.

Ahora bien, para lograr el objetivo general que nos hemos propuesto, utilizamos los siguientes métodos:

El Exegético prácticamente en todos los capítulos dado que nos avocamos a la interpretación, tanto de los términos utilizados como de preceptos legales, sean primarios o secundarios. Sabemos que no es posible elaborar una crítica con fundamento si no descubrimos antes el verdadero contenido de los términos y expresiones utilizados en los preceptos legales. Por lo que, con una adecuada interpretación estamos en posibilidad de elaborar una verdadera propuesta de solución al problema planteado.

El Analítico, pues descomponemos el todo en sus partes para analizar cada una de éstas y entenderlas cabalmente y así saber qué significan, pero enlazando dicho método con el anterior, es decir, con la interpretación. Ahora bien, ¿cuál es el todo al que nos referimos? No es uno solamente sino cualquier problema que se presente. En nuestro trabajo de investigación, el todo a descomponer para analizar es el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación. Otro todo sería el artículo 5º constitucional en su primer párrafo: El tercer todo problemático es el artículo 6º también de la Constitución. Por lo que al analizar no sólo desentrañamos el sentido de cada precepto sino que estudiamos parte por parte del mismo. De esta manera, el método analítico lo relacionamos con el método exegético. Pero no sólo analizamos preceptos legales sino también términos o expresiones enteras, tales como: *los terceros que presten un servicio* o, *inquisición judicial ni administrativa*; incluso, analizamos criterios del Poder Judicial de la Federación y posturas doctrinales. Por lo tanto, como se puede observar, el método en cuestión lo utilizamos prácticamente a lo largo de nuestra trabajo.

El Sintético, cuando las partes -una vez analizadas- las reunimos y así formamos nuevamente el todo, con lo que ahora sí estamos en posibilidad de entender el todo íntegro y no sólo una de sus partes. De esta manera, al analizar (descomponer el todo) y al sintetizar (reunir las partes del todo) podemos realizar la exégesis necesaria para la finalidad que buscamos, a saber, demostrar que el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación contraviene el contenido de los artículos 5º y 6º constitucionales y con ello, las garantías individuales de las libertades del trabajo y de la libre manifestación de las ideas. Este método lo utilizamos principalmente en los capítulos tercero y cuarto de nuestra investigación.

CAPÍTULO PRIMERO. LA LIBERTAD Y LA GARANTÍA INDIVIDUAL

En este capítulo -con el cual iniciamos nuestro trabajo de investigación- abordamos temas que al tiempo que son actuales lo son también trascendentes en cuanto a su contenido. No nos referimos solamente a la libertad y a la garantía individual sino que también lo hacemos respecto de los derechos humanos. La interrogante que surge es: ¿por qué los derechos humanos y qué tienen que ver con la libertad y la garantía individual? Adelantando argumentos, por lo pronto diremos que la razón es que la libertad es un derecho humano, tal vez el más importante.

Siendo así, nos cuestionamos qué debe entenderse por la expresión *derechos humanos*, por lo que damos respuesta a este cuestionamiento de la siguiente forma. Los derechos humanos han sido definidos como el: “Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.”¹

Sin embargo, podemos percatarnos que esta definición se da desde un enfoque jurídico dado que hace mención de que deben ser reconocidos por algo o alguien y, ese “algo o alguien” es el Derecho; y que, en este último se contienen los mecanismos de garantía de los derechos humanos. Lo cual, también se entiende que los derechos humanos son anteriores y que tienen una existencia independiente del Derecho.

Ahora bien, dentro de la misma definición encontramos que se hace mención de la expresión *libertades*. ¿Qué tipo de libertades podrían identificarse como un derecho del ser

¹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Diccionario Jurídico Mexicano, T. D-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 13a. ed., México, Ed. UNAM - Porrúa, 1999, p. 1063

humano? Sin duda, y por lo que respecta a nuestra investigación, la libertad del trabajo y la libertad de expresión al manifestar nuestras ideas.

No obstante ello, existen otras definiciones de los derechos humanos desde diversos puntos de vista, tales como el filosófico, axiológico y ontológico e, incluso, etiológico. Así, autores como Antonio Trovel y Serra, argumenta que: "...los Derechos Humanos son: los privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados por ésta."² De aquí se desprende que los derechos humanos no existen porque existe el Derecho o porque son creación del mismo, no. Existen los derechos humanos dado que existe el ser humano, esa es la razón.

Por lo tanto, se aborda a los derechos humanos desde una análisis filosófico dado la trascendencia del ser humano, pero considerado este último ontológicamente, o sea, como un ente, como un ser existente con valores y no como una cosa, porque, axiológicamente el ser humano vale en cuanto valen los derechos humanos inherentes a él. Esto es así porque el ser humano es la causa (Etiología) de los derechos humanos. Estamos hablando en esto último de la dignidad humana.

Pero, precisamente la dignidad humana de manera individual -aunque después colectiva-, dado que es el sujeto individual el que le da sentido a su propia vida, proporcionándole dirección y contenido para sí mismo y para la colectividad y aún más, dentro del Estado al que pertenece. Sin embargo, debemos aclarar que aunque el ser humano pertenece al Estado, éste tiene la obligación, no sólo de reconocerlos sino principalmente de respetarlos. En otras palabras, el poder público, el del Estado, debe tener presente que los derechos humanos tienen preeminencia sobre su actuación. Y debe tener esto presente si quiere que el individuo le reconozca como legítimo -al Estado y su poder público-; es decir, la legitimidad del Estado depende del reconocimiento y respeto que éste haga de los derechos

² Cit. por QUINTANA ROLDAN, Carlos F. y SABIDO PENICHE, Norma D. Derechos Humanos, México, Ed. Porrúa, 1998, p. 22

humanos. Pero, ¿cómo puede el ser humano hacer que los derechos a él inherentes le sean reconocidos por el Estado? ¿Cómo y en qué el Estado debe reconocer los derechos humanos al individuo? El Derecho, éste es la respuesta para ambas preguntas.

En el Derecho se cataloga a los derechos humanos y asimismo su contenido. Es en la ley positiva donde se arropan los derechos humanos; donde se señala el valor de cada uno de tales derechos; sea para el individuo como para la colectividad sin exclusivismo de clase alguna; pero también, donde se indican los límites de respeto por parte del poder público hacia los derechos humanos.

No obstante lo anterior, debe quedar claro que no significa que sea el legislador el creador de los derechos humanos y el que les da valor y vigencia. La tarea del legislador se resume a recoger, en el contenido de la ley positiva, ese conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de naturaleza filosófica, axiológica, ontológica y etiológica. El legislador sólo plasma en un texto legal el contenido normativo de los derechos humanos.

Y así, como resultado de la voluntad general de la sociedad a la que pertenece el individuo, cuando el legislador plasma en el texto normativo a los derechos humanos, está integrando el orden jurídico y el estado de derecho. En otras palabras, se da explicación a la realización del Derecho. Por lo que se estará frente a un sistema *justo* de Derecho, cuando la normatividad jurídica reconozca como base de toda su estructura el respeto a los derechos humanos.³ Por lo que, siendo la libertad un derecho humano de gran trascendencia, en los siguientes apartados dedicaremos nuestros pensamientos a demostrar qué significa y señalar su relación con el Derecho, en concreto, con las garantías individuales.

1.1 La Libertad.

Iniciamos este tema reconociendo -como un deber de honestidad- lo complejo del mismo. Hablar de libertad es tan riesgoso como hablar de justicia, ya que existen tantas definiciones de este derecho humano que se hace difícil brindar una definición exacta de lo

³ Ibidem. p. 32

que debe entenderse por libertad. Esto es así dado que cada persona tiene en mente su idea de libertad, que en muchos casos significa: “puedo hacer lo que quiera sin que nadie ni nada limite mi derecho a ser libre”. Así, a la libertad se le ha concebido como: una posibilidad de autodeterminación; la posibilidad de elección; un acto voluntario; ausencia de alguna interferencia; liberación frente a un obstáculo y por lo tanto, liberación para algo; como una necesidad y por ende, la posibilidad de realización de esa necesidad.⁴

Aún más, en reiteradas ocasiones se habla de la libertad sin percatarnos a qué tipo de ella nos referimos, a saber: la física, la social (política), la moral, la religiosa, la intelectual, la jurídica, entre otras. Cada una de ellas tiene un enfoque diferente que, sin embargo, poseen un punto de encuentro, es decir, el ser humano. ¿Por qué? Porque es éste quien las ejerce, según su propia teleología. Así que, en nuestro trabajo de investigación, ¿a qué clase de libertad nos referimos según la teleología del individuo que la ejerce? A la libertad jurídica y, en concreto, a la libertad del trabajo y a la libertad de expresión. Sin embargo, tenemos claro que debemos iniciar por brindar definiciones de lo que se entiende -de manera general- por libertad. Pasemos pues a ello.

Así, pueden concebirse -desde el punto de vista de una época o doctrina- la libertad natural, entendiéndose por tal la posibilidad de sustraerse a un orden cósmico predeterminado e invariable; la libertad social (política) concebida primariamente como autonomía o independencia en una comunidad, pero respecto de otras comunidades ya que en la primera la libertad se traduce en obrar conforme a las leyes de esa comunidad o Estado; la libertad personal también concebida como autonomía o independencia, sólo que en este caso se es independiente de las coacciones o presiones de la comunidad o Estado; la libertad que radica fundamentalmente en seguir la propia naturaleza ya que esta última se encuentra en relación estrecha con la realidad misma (determinismo); la libertad que se niega ha ser reducida a la realidad pues es un acto continuo de la moral, es decir, es un postulado de la moral;⁵ o, en su tres significados fundamentales correspondientes a las tres concepciones en que se pueden englobar las anteriores definiciones, a saber: 1) La concepción de la libertad

⁴ FERRATER MORA, José, Diccionario de Filosofía, T. III (K-P) Barcelona, Ed. Ariel, 1994, pp. 2135-2136

⁵ *Ibidem*. pp. 2136 - 2141

como autodeterminación o autocausalidad, según la cual, dicha libertad es ausencia de condiciones y de límites; 2) La libertad como necesidad que se funda en la autodeterminación pero en relación a la totalidad (Mundo, Sustancia, Estado) a la cual el individuo pertenece; 3) La libertad como posibilidad o elección, según la cual tal libertad es finita, limitada y condicionada .⁶

Por otra parte, si atendemos a la etimología del término libertad, vemos que proviene del latín *libertas-atis*, y que significa facultad de obrar o de no hacerlo o, de actuar de una manera o de otra. Pero quien hace esto es el ser humano; luego, este último debe hacerse responsable de lo que haga o deje de hacer.

Sin embargo, el ser humano que actúa o no, lo hace con una teleología, persiguiendo determinados objetivos; no es un actuar inconsciente, al contrario, es un actuar racional, por lo que: "...es la facultad racional del hombre que le permite encauzar su voluntad hacia los objetivos que desee, sin que tal acción trascienda el ámbito que comparte el común de los hombres y sin que nadie pueda restringirla."⁷

De modo que la libertad no es sólo para que el individuo sea libre, sino que la libertad es para alguien y para algo. En otras palabras, el individuo no se conforma con tener la libertad; lo que en realidad desea es ejercer esa libertad y, ejercer esa libertad para algo determinado y para alguien también determinado. Esto nos hace ver que, al hablar de la libertad de individuo, no podemos ignorar y dejar de lado a los demás sujetos, incluso a la comunidad entera. Lo cual nos hace observar que el sujeto que es libre y que ejerce tal libertad no debe ser egoísta y debe pensar en los demás seres que le rodean y, sobre todo, cuando "su libertad" pueda afectar a otros. No estamos diciendo que el sujeto que es libre deba renunciar a su libertad por los demás, sino que debe considerar a los otros sujetos y la libertad de cada uno de ellos, tal como éstos deben pensar en la libertad de nuestro

⁶ ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de Filosofía, Traducción de Alfredo N. Galletti, 2a. ed., quinta reimpresión, México, Ed. FCE, 1987, p. 738

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales de Libertad, Colección: Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 16

individuo. Esto último porque: “El ser libre tiene que hacer la comunicación, tanto como tiene que hacer su propia individuación.”⁸

De esta manera, nos percatamos que con la libertad y el ejercicio de la misma, el individuo debe actuar con una verdadera honestidad, la cual se refleje en su conducta, pues es con esta última con la que puede afectar a los demás sujetos que no sólo le rodean sino que incluso resienten en su persona, bienes o vida, el ejercicio de la libertad. Por ende, al hablar de una libertad de esta naturaleza, con la cual un individuo puede hacer el bien o el mal o, aún más, evitar un mal, estamos refiriéndonos a la libertad moral, pues ésta consiste en elegir el bien o el mal, guiándose, claro, siempre por valores o intereses.⁹

Pero, conforme a lo anterior, la interrogante que surge es: ¿valores o intereses de quién? La respuesta inmediata sería: del individuo que es libre. Sin embargo esto no así o, no es así por completo. Es decir, es un hecho que se trata de los valores e intereses del individuo libre y que ejerce su libertad dado que la ejerce de manera ontológica, axiológica y teleológica para sí mismo; sin embargo, también se practica la libertad para con los demás, tomando en cuenta los valores e intereses de los otros sujetos y de la misma comunidad. Ahora bien, esos valores e intereses de los otros son el límite a la libertad y al ejercicio de la misma y, si no se respetan tales límites, entonces la libertad moral -que no fue suficiente para el individuo libre-, se transforma en libertad jurídica, la cual coacciona que sea libre el sujeto dentro de las normas que este último tipo de libertad señala, dado que: “...puede concluirse que, jurídicamente, la libertad es la facultad adecuada a los intereses de la sociedad, con que el individuo realiza los fines que se ha propuesto, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico y a favor de la persistencia de las relaciones armónicas entre los individuos que la integran.”¹⁰

Como consecuencia de lo anterior, no se puede afirmar que la libertad está ahí y sólo falta tomarla; que está lista para ejercerse. En cambio, lo que sí se puede argumentar es que la

⁸ GONZÁLEZ, Juliana. *Ética y Libertad*, 2ª. ed. México, Ed. UNAM – FCE, 1997, p. 305

⁹ HIERRO, Graciela. *Ética de la Libertad*, 3ª. ed. México, Ed. Torres Asociados, 1992, p. 119

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las Garantías Individuales de Libertad*, Colección: Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 18

misma libertad es indeterminada, es decir, que el mismo ser humano no sabe qué es la libertad, para qué es, para quién y cómo se practica. ¿Entonces? En muchas ocasiones sólo cree saberlo, dado que ni siquiera sabe qué tipo de libertad practicar. Por eso es indeterminada. Ergo, hay que determinar la libertad y en concreto aquella que vamos a ejercer en casos, momentos, situaciones y seres humanos específicos. De esta forma, no sólo empezamos a ser libres sino que nosotros nos hacemos libres así mismos para luego hacer libres a los demás, es decir, utilizamos a la libertad para autodeterminarnos, determinar la libertad que emplearemos y determinar a los demás sujetos con base en las relaciones que se establezcan y, si necesariamente tiene que ser así, entonces es una necesidad o una fatalidad, lo cual nos introduce al reino de la ley.¹¹

Y efectivamente, si hablamos de la libertad como una necesidad o como una fatalidad, es decir, como algo que forzosamente se tiene que dar, e incluso, estableciendo relaciones entre sujetos libres, entonces se tiene que regular por la ley, porque en esta última se debe considerar a la libertad como un valor humano.

1.2 La Libertad como valor.

En el tema anterior terminamos afirmando que la libertad debe considerarse como un valor humano. Por ello, con esta aseveración y al iniciar este apartado, debemos precisar qué se entiende para nuestro trabajo por el concepto valor, dado que se usa indistintamente para cuestiones diversas. Así, se ha considerado a este término como indefinible. Aún más, en su uso regular y cotidiano, se emplea como el valor comercial, es decir, el aplicable a las cosas o mercancías. Es claro que en esta investigación no se empleará en este sentido sino como algo relacionado de manera intrínseca al ser humano.

Así, el valor, abordado de manera filosófica y en cuanto a su dirección objetiva, no depende para su existencia de las preferencias de cada sujeto, pues mantiene su forma de realidad más allá de toda apreciación personal. Por lo tanto, podemos observar que ésta es una teoría absolutista, en donde el valor es el fundamento de todos los actos, a diferencia de la teoría

¹¹ GONZÁLEZ, Juliana. Opus cit. p. 304

relativista, que sostiene en cambio que el acto de agrado o desagrado para el ser humano es el fundamento del valor.¹²

De esta forma, considerado el valor con una dirección ontológica, existe independientemente del ser humano y de la voluntad de este último; o, existe sí, cuando al mismo sujeto algo le es grato y no existe cuando es lo contrario. Éste es el problema con el valor, por eso es indefinible. No obstante lo anterior, en este trabajo no corresponde dilucidar este problema que va más allá de nuestras aspiraciones, dado que, además, nuestro interés se centra en la libertad, pero afirmando que ésta es un valor, un valor al que todos los seres humanos aspiran y que a todo individuo le es grato, es decir, la libertad.

Esto es así porque, para el ser humano, la libertad es esencial al mismo y nadie tiene mayor conciencia de su libertad que ese ser humano. Es la sustancia del hombre y éste es el basamento, el pilar de la libertad. Pero, lo anterior -claro- no es así de inmediato y fácil, como si el ser humano supiera lo anterior y sólo fuera libre porque así deber ser; esto último se escucha hasta ligero y superficial.

¿Entonces? La libertad se desea, se quiere pero también se gana, se obtiene con esfuerzo y con sacrificios (se debe autolimitar en repetidas ocasiones en beneficio de los demás); por lo tanto, si bien es cierto que la libertad es una facultad del ser humano y que la puede ejercitar, también lo es que dicha libertad se tiene y se ejercita en razón del otro, dado que este último tiene derechos que hay que respetar.

Por lo tanto, creemos y afirmamos que no se debe ver los derechos de los demás como lo opuesto a la libertad de otros, es decir, como sostenida confrontación, sino más bien como una necesaria armonía. Reconocer que todos los individuos tienen derecho a la libertad, es reconocer a la libertad como un valor natural al ser humano y no como una gracia de las legislaciones positivas. Por lo tanto, tampoco existe una contradicción o enfrentamiento entre la libertad y la ley. La razón es que estas legislaciones tienen como objetivo garantizar esa libertad, incluso limitarla cuando sea necesario, pero no eliminarla. Su relación es

¹² FERRATER MORA, José, Diccionario de Filosofía, T. IV (Q - Z) Barcelona, Ed. Ariel, 1994, p. 3636

demasiado importante, pues es a través de la ley positiva que el sujeto exige su libertad. De esta manera, libertad y ley se complementan, pero no se oponen entre sí. ¿Qué sucede entonces cuando una ley restringe indebidamente a la libertad? Se establece una tiranía del hombre para el hombre, pero la libertad continúa incólume pues es un valor. El que queda dañado es el ser humano, tanto el que legisla constriñendo la libertad, como el sujeto que es constreñido en su libertad.

Por lo tanto, a la libertad -como valor que es- debe considerarse de manera ontológica y axiológica, sin estar sujeta a los caprichos, deslealtades e intereses de los sujetos, principalmente de los que legislan. Todos los individuos debemos actuar con ética, es cierto. Sin embargo, hay sujetos que deben estar más conscientes de su actuación pues tienen que basarla no sólo en lo jurídico sino acaso más en la ética. Así, “El hombre, en la más auténtica identidad de su existencia, tiene que ajustar su conducta, como aspiración innata, a dos supremas categorías. Una relacionada con el valor ético, y otra que lo vincula con el valor jurídico. El primero es ofrenda íntima y voto profundo y reservado de obligación. El segundo, realización normativa de coexistencia. Conceptualmente, ambos queda reducidos a un sistema normativo.”¹³

En otras palabras, si el legislador quiere ser auténtico consigo mismo e identificarse como tal, su quehacer legislativo debe ajustarse, adecuarse al sistema de valores, actuando con eticidad y juridicidad, elaborando leyes positivas que protejan al individuo y no así que lo despojen. Pero, ¿cuándo el legislador actuaría despojando al individuo? Cuando legisla violentando derechos humanos; cuando desconoce valores que incluso él no concede pero que sí restringe, en concreto la libertad; cuando se erige como poseedor absoluto de la verdad y piensa que todos los demás sujetos mienten y engañan; cuando legisla con normas inferiores, contradiciendo y oponiéndose a otras normas positivas superiores garantes de valores y hace que no sólo su conducta sea antijurídica sino incluso la misma norma inferior. Pero no sólo lo anterior, pues también actúa de manera inmoral cuando su función no se adecua a guardar la norma superior sino que va en contra de la ética que debe

¹³ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Ética y Axiología Jurídica, México, Ed. Porrúa, 1998, p. 164

demostrar dado que representa a la voluntad popular y, no creemos que la voluntad popular esté conforme con el hecho de ver coartada su libertad por quien debe resguardarla.

Como consecuencia de lo anterior, habrá quien sostenga que en tal situación -cuando el legislador actúa en contra de la eticidad y la juridicidad- el individuo sujeto a las normas positivas injustas tiene como deber no obedecerlas, no cumplirlas, desconociéndolas. Sin embargo, también existe quien sostendrá lo contrario a lo argumentado, e incluso justificará la actuación del legislador, apuntando que el jurista siempre se enfrentará con fuertes dilemas de orden moral que traen como resultado crisis de conciencia; no obstante ello lo afronta con valentía y los analiza, evitando así la tragedia en la realización de los fines del Derecho, pues estos últimos culminan en la verificación de valores adecuados a las instituciones, a las necesidades y aspiraciones humanas, por supuesto, en la sociedad existente.¹⁴

Y, como corolario de este apartado, podemos concluirlo diciendo que el individuo que aspira a la libertad debe estar plenamente consciente de que no sólo es un valor sino que incluso es uno de los máximos valores, por lo cual debe ser ejercido con plena sabiduría y reflexión, dado que no se trata de ser libre sin pensar en los demás; aún más, debe verlo como un valor que los demás también poseen. Este individuo es uno de espíritu superior a otros y, por lo tanto, exige su libertad y la libertad de los demás pues sabe que tal libertad es esencial en el desarrollo de él y sus semejantes.

1.3 La Libertad, esencial en el desarrollo del ser humano.

Sí, es cierto, la libertad es esencial en el desarrollo del ser humano pues es uno de sus más preciados valores. Luego, si careciera de este valor, si careciera -indebidamente- de la libertad a la que tiene derecho, entonces su desarrollo, su desenvolvimiento, incluso su crecimiento como un ser humano libre no sería posible. Esto parece fácil de decir; lo que es difícil es entenderlo y sobre todo aceptarlo.

¹⁴ Ibidem. p. 88

Está claro que nos referimos a la libertad que nos es debida para ejercerla con absoluta responsabilidad, conciencia y en beneficio nuestro y de los demás; no así a una libertad ilimitada que no sólo nos dañe a nosotros sino incluso a los otros. Luego, ¿cómo podríamos percatarnos que la libertad que practicamos es de la clase que nos beneficia y no de aquella que nos dañe? La respuesta es: con nuestra conducta y con los resultados de nuestra actuación. Por ejemplo, la libertad de fumar en espacios abiertos y no así en los cerrados o restringidos para tal hecho. Otro ejemplo es el de la libertad de cátedra en nuestra querida Institución. Tanto los docentes como los alumnos tiene la facultad de expresar libremente sus ideas, pero siempre dentro de los límites que la propia legislación universitaria lo permite, es decir, dentro del respeto y tolerancia que deben privar entre esas dos clases de universitarios. Por lo tanto, de los dos ejemplos anteriores podemos inferir que nuestra conducta se refleja en la acción; luego, si no hay conducta no hay acción y como consecuencia no se puede hablar de libertad de hacer (aunque sí de la libertad de no hacer, es decir, de no actuar).

Por lo tanto, no se podría hablar de libertad -aunque tuviéramos la oportunidad de actuar para alcanzar la misma- si no se nos permitiera hacerlo; no se hablaría de una libertad real sino en todo caso de una libertad meramente conceptual, por lo que: “La libertad sería un mero concepto teórico -una potencia que se anuncia- si a ella no le siguiera la acción que la dinamiza, o al menos la existencia de una posibilidad real de accionarla. La acción es el complemento de las facultades para que el individuo alcance su libertad.”¹⁵

Y la libertad no debe ser sólo un mero concepto. Si bien nace en la mente del ser humano como una idea -y como tal, abstracta-, de la mente se va a la conducta, a la acción; es decir, de la potencia al acto -y de idea abstracta se convierte en una idea concreta, pero concreta en la acción. ¿Qué individuo no piensa? ¿Qué individuo no tiene aspiraciones de ser libre? ¿Quién carecería de la suficiente voluntad para ser libre? Creemos que la respuesta para las tres interrogantes es: ¡nadie! La razón es que todo individuo tiene ideas que lo mueven a actuar, a dirigir su conducta hacia un objetivo. Por lo que se argumenta que: “Las ideas, como fuerzas directrices de nuestra conducta, tienden a la realización objetiva, aun cuando

¹⁵ CASTRO, Juventino B. Garantías y Amparo, 13ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2004, p. 91

esa objetividad se constituye con la función de pensar, y esta idea -la idea de libertad-, igual para todos, o sea la idea del derecho, es un ideal realizable y objetivo por su influjo sobre el pensamiento y la voluntad.”¹⁶

Tal vez esa sea la razón de que algunos doctrinarios del Derecho sostengan que: “...filosóficamente, la libertad sea un atributo consubstancial de la naturaleza humana, es decir, que el hombre, en su íntima esencia, es libre por necesidad ineludible de su personalidad, o sea de su autoteleología, como elemento substancial de su ser.”¹⁷ Así, cabe preguntarnos: ¿cuántas cosas no son consubstanciales al ser humano? Entre otras muchas más, hasta aquí hemos señalado dos, a saber: las ideas y la libertad que, incluso, se pueden resumir en una: “La idea de Libertad”.

No obstante lo anterior, no necesariamente se debe ser filósofo para percatarnos de la importancia de la libertad; basta que seamos un ser humano y tener la necesidad de ella. Lo que debemos hacer es tomar conciencia de esa necesidad de la libertad, de la libertad misma y de que, para cualquier ser humano, independientemente de todo aspecto externo ideológico, se convierte -la libertad- en un derecho humano. Así, la libertad como un derecho humano es un derecho inherente al mismo, es decir, al ser humano: Por lo que -se argumenta por los estudiosos- históricamente los derechos humanos son los derechos naturales del hombre que fueron proclamados por el jusnaturalismo, el cual surgió durante el siglo XVIII como una postura filosófica con Diderot y D’Alambert, y que serían contenidos en la Declaración Francesa de 1789. Así, como consecuencia y conforme a la corriente jusnaturalista, los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado, por lo que este último se constriñe éticamente a respetarlos y a establecer, en el orden jurídico positivo, normas que aseguren sustantiva y adjetivamente la observancia del derecho humano llamado libertad.¹⁸

¹⁶ BOLAÑOS CACHO, Miguel. Los Derechos del Hombre (Integridad personal y real), T. 1 CNDH, México, 2002, p. 29

¹⁷ BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 31ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 17

¹⁸ *Ibidem*. p. 53

No obstante ello, si bien es cierto que el Estado se constriñe a respetar los derechos humanos, también lo es que el sujeto que posee tales derechos además tiene obligaciones o deberes, señalados por supuesto en el orden jurídico positivo. En otras palabras, es sabido que el ser humano tiene derecho a su libertad, pero también tiene el deber de respetar los límites de esa libertad y sobre todo, la obligación de respetar la libertad de los demás o, incluso, en ocasiones, renunciar a la libertad en aras de la libertad de otros. Por ello, se argumenta por la doctrina que esta dualidad imputativa, en sí misma indisoluble, le impone al sujeto la obligación social de ejercer sus derechos pero también de cumplir sus deberes. Actuar con ética y observar este cumplimiento valida tal ejercicio de la libertad. De otra forma, nadie estaría legitimado para exigir el respeto de sus derechos si elude sus deberes.¹⁹

Así, por ejemplo, al hablar de la libertad de cátedra, ¿quién podría exigir el ejercicio de su libertad cuando es intolerante y no deja que los demás ejerzan también su libertad? Ni social, ni jurídicamente es posible; ética y moralmente menos aún. La conducta y exigencia de un sujeto de esta clase es moralmente reprobable. Y si esto se puede sostener respecto del ser humano, ¿qué se puede argumentar en relación con el Estado cuando -en forma indebida- es éste el que no reconoce la libertad de sus administrados y coarta la misma? La respuesta es: que se trata de un Estado opresor y represivo. Ahora bien, si no es posible aceptarlo de un sujeto particular, menos aún de un ente que debe resguardar y garantizar los derechos humanos y las libertades.

Pero, ¿y qué sucede entonces con el sujeto al que no se le reconoce su libertad -insistimos, la que es debida- ni por un sujeto particular ni por el Estado? Una de las posibles respuestas entre otras es: “Si esta libertad en acción se le niega, se le frustra o se le contradice en vía de hecho, el ser humano no tiene otra salida que la destructividad, que lo llevará por el contrario a su anulación y a su muerte; y quizás a la anulación y a la muerte de otros miembros de la sociedad en donde acciona.”²⁰ Sí, efectivamente, si no se nos deja ser libres en y para nuestro desarrollo; si se nos niega una libertad que nos es propia dada nuestra naturaleza y sin afectar a los demás, entonces tendemos a nuestra propia destrucción. Pero

¹⁹ Ibidem, p. 55

²⁰ CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 92

no tanto en el sentido de asesinar, hacer daño o aniquilar, sino más bien en el sentido de la pasividad que anula nuestro espíritu de lucha, de hacer, y por ende, fallecemos, morimos y nuestra muerte seguramente afectará a otros que hubiéramos hecho libres y vivientes con nuestra libertad.

Pero también, a contrario sensu, cuando la libertad que merecemos nos es dada, entonces no hay frustración, ni muerte ni destrucción; lo que existe es constructividad, vida y anhelo de hacer; y es con nuestra libertad que logramos todo ello. Sin embargo, insistimos, no sólo es para nosotros mismos sino para con los demás, pues: “Entre la propia libertad y la libertad ajena, la una es condición real de la existencia de la otra; y en el fondo, en los organismos colectivos, la existencia simultánea, pero restringida, de la libertad de cada individuo componente, constituye el principio filosófico de la igualdad y la condición de la libertad de todos.”²¹ En palabras más simples, hay que ser libres para hacer a los otros también libres. No sabemos en realidad qué es la libertad si con ella hacemos a los demás sumisos y subordinados. Un ejemplo es cuando enseñamos a los demás a leer y escribir y con ello los hacemos libres de la oscuridad de la ignorancia, así como a nosotros alguien un día nos hizo libres en ese sentido.

Así que cuando hablamos de la libertad como algo esencial en el desarrollo humano, nos referimos tanto a uno mismo como a los demás sujetos pues manejamos al término *esencia* en su sentido prístino, es decir, como aquello que hace ser a una cosa, objeto o individuo lo que verdaderamente es y no así otra cosa que no es. Y el ser humano es libre dada su naturaleza de ser un ser pensante.

De esta manera, nos referimos al ser humano como especie sí, pero también como individuo. Es decir, cuando los demás participan de su libertad y él en la libertad de los otros y, sin embargo, él es el que se forja su propia libertad. Y, ¿en qué se refleja esa libertad de él y los demás? Dice la doctrina que en el bienestar y en el progreso. “El bienestar y el progreso de la especie requieren forzosamente la libertad individual, porque ésta condensa y resume todos los derechos del hombre. Garantizar la libertad individual es

²¹ BOLAÑOS CACHO, Miguel. Opus cit., p 30

garantizar la actividad física, la actividad intelectual y la actividad industrial y comercial; es asegurar la libertad de locomoción; la libertad de cultos, de enseñanza, de imprenta, de asociación.”²²

Observamos entonces que con la libertad se da una relación entre el individuo -como ser libre- y la especie -como un colectivo libre-, vínculo con el cual los dos entes se conciben y se necesitan libres; donde ambos se conceden su libertad y ellos se la limitan, trayendo como resultado lógico, el desarrollo en todos sus aspectos.

No obstante lo anterior, una duda surge, a saber: ¿el Derecho cómo interviene para regular y garantizar la libertad? Si bien es cierto que en líneas anteriores hemos sostenido que el individuo y la especie se deben su libertad y que están obligados a concedérsela, también lo es que reconocemos que no son pocos los casos en que dicho evento no se da. Es decir, ya sea la especie o la llamada sociedad restringe -por intereses propios o por otras cuestiones tales como prejuicios- la libertad o, puede ser que el individuo busca su libertad sin importarle que otros la tengan y la ejerzan o, incluso, priva a otro de su libertad para obtenerla sólo él. Es entonces cuando interviene el Derecho regulando y protegiendo la libertad y, el Estado se erige entonces como su administrador, sí, como administrador de la libertad.

Su principal antecedente es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con la Revolución Francesa de 1789 y el más inmediato es la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, documentos ambos con los que se pretende resguardar la libertad, entre otros valores del ser humano.

De esta manera, a tales valores y, en concreto a la libertad, se les aborda no sólo desde un enfoque filosófico y moral sino también como prerrogativa del ser humano. De ahí que se le conceda la libertad al ser humano como un derecho y por ende, se llamen “derechos humanos”. Es entonces cuando -conforme a la doctrina- los derechos humanos asumen

²² Ibidem. p. 35

positividad en virtud de dicho reconocimiento. Esta asunción les brinda obligatoriedad jurídica al convertirlos actualmente en el contenido de los derechos subjetivos públicos, los cuales se convierten en el elemento esencial integrante de las garantías individuales del gobernado.²³

Como consecuencia de lo anterior, la libertad, sea derecho humano y a la vez derecho público subjetivo, se contiene en la normatividad jurídica como una garantía del individuo y, por ende, debe ser protegida. Por supuesto, la normatividad jurídica a la que nos referimos es la Constitución y derivado de esto, la observancia y respeto de la libertad se vuelve más que coercible en imperativa. Independientemente del punto de vista con que se le considere, ya sea como un derecho humano, como un derecho público subjetivo y por inferencia, como una garantía individual, lo que sí es unánime es que la libertad es un valor para el ser humano y como tal debe ser respetado. Y así, el Estado, que es su administrador, debe ser el principal ente que respete esa libertad del individuo.

Pero también, el Derecho y el Estado -este segundo con el primero- deben garantizar que todos los sujetos gobernados gocen de la libertad que -conforme a sus méritos y el respeto a la libertad de los demás- les conceda la ley pues, "...la idea misma del derecho, aplicada al ejercicio de la libertad dentro de una igualdad limitada solamente por el derecho ajeno ... igualdad que, en su origen, no es más que un ideal del pensamiento y que, objetivamente, no consiste sino en la coexistencia de las libertades individuales, fundada en el común respeto al derecho de los demás individuos."²⁴

No obstante lo anterior, una interrogante surge: "¿cómo pueden coexistir la potestad libertaria del hombre y el Derecho, que en esencia es normación, es decir, limitación de la conducta humana?"²⁵ Por nuestra parte contestamos que si bien es cierto que el Derecho limita la conducta humana dado que es "normación", también lo es que la potestad libertaria del ser humano no está reñida con el Derecho ni con la libertad de los demás sujetos. Claro es que estamos hablando de seres conscientes y sabedores de que su libertad

²³ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 51

²⁴ BOLAÑOS CACHO, Miguel. Opus cit., pp. 29 - 30

²⁵ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 19

no es ilimitada sino que por el contrario tiene límites, siendo uno de esos límites la libertad ajena. Y, si no se percata de ello el sujeto egoísta, entonces el Derecho limitará su conducta y su libertad en aras del respeto a la libertad de los demás y del bien común. Por tal razón se ha sostenido por la doctrina que la regulación jurídica es indispensable tanto para la existencia como para la subsistencia y dinámica de la sociedad en todos sus aspectos. De otra manera, sin el Derecho que impone el orden normativo necesario para la vida social, ésta no podría desarrollarse.²⁶

No queremos decir con ello que necesariamente debe coartarse o eliminarse la libertad del individuo, no. Lo que afirmamos es la necesidad de limitar la libertad sí, pero tanto de la sociedad como del individuo pues no puede dejar de existir la relación de la una y el otro, dado que la teoría del individualismo concilia a este último con la existencia social para permitir los fines del Estado, que no son otros que la vitalidad del Derecho en la sociedad.²⁷

Esto es así dado que no se puede ni se debe pensar que el individualismo es sinónimo de egoísmo o que el individuo no comparte su existencia con la de la sociedad. Lo cierto es que dicho sujeto es indispensable para que la sociedad funcione, por lo que ésta tiene la obligación de permitirle al individuo desarrollarse como sujeto libre pues de otra forma, este último incluso actuará en contra de ella. En otras palabras, es tarea del Estado conciliar y “...armonizar lo intereses sociales con particulares, establecer una adecuada relación jurídica y social entre ellos, dar primacía a los primeros respecto de los segundos en ciertos aspectos, y (no) eclipsar a la persona humana ... para convertirla en un mero engrane de una gran maquinaria manejada oligárquica o autocráticamente.”²⁸

El ser humano tiene facultades que le son propias dada su naturaleza; y ni la sociedad ni el Estado pueden ni deben coartarle ni prohibirle el ejercicio de esas facultades. Dicho individuo tiene necesidades imperativas, en concreto, la libertad y el ejercicio de esta misma para su debido desarrollo, para su necesario crecimiento como ser humano. Claro, insistimos, en la libertad que le es debida, la permitida, la que no dañe a los demás ni a la

²⁶ Idem.

²⁷ BOLAÑOS CACHO, Miguel. Opus cit., pp. 35 y 36

²⁸ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 23

misma sociedad. Así, “...la vocación fundamental del individuo es accionar, movilizarse, cambiar para así obtener las metas que le permitan su vivencia y su trascendencia. Esto es lo mismo que decir que las normas jurídicas deben permitir al ser humano plasmarse en su integridad, mediante el aliento a la acción.”²⁹

Pero, en concreto, ¿podría haber un enfrentamiento entre el individuo y el Estado cuando éste le limita o condiciona indebidamente su libertad y, específicamente conforme a nuestro trabajo de investigación, la del trabajo y la de manifestación de ideas? Sí, por supuesto. Esto sucede cuando el gobierno de ese Estado es o se convierte en un inquisidor de las ideas o en un amo respecto de la cuestión laboral. Confunde su papel de administrador y garante de las libertades y asume el cargo de déspota y tirano. Ergo, el individuo sometido, que ve su esfera libertaria vulnerada, como una reacción natural y lógica buscará rescatar su libertad para ejercerla. ¿Cómo? Resistiéndose a la acción del gobierno y exigiendo algo que le pertenece y, así, al tiempo que lucha por la libre manifestación de sus ideas, actúa y ejercita su libertad manifestando su protesta, precisamente con sus ideas libertarias. Es decir, el ser humano no puede dejar de ser libre aunque se le coarte su libertad, pues es cuando querrá ser más libre aún.

Es natural la libertad en el ser humano; es -sin exageración alguna- lógica, biológica y racional la necesidad de ser libre. Es uno de los principales valores que hacen al individuo, si no feliz por completo, sí satisfecho consigo mismo y con la sociedad, funcionando mejor como ente individual y social. Es fundamental para el ser humano ser libre en general pero también en cada acción que debe ejecutar con libertad. Esta es la dinámica del individuo, actuar y actuar con libertad. Por ello, quien menos debe oponerse a esa acción es el gobierno de un Estado; al contrario, es quien más está obligado a preservar esa libertad, a velar por ella para que el sujeto se desarrolle y crezca como ser humano. Pero es con las leyes de ese Estado como se deben proteger las libertades y no a la inversa, es decir, con las leyes -injustificada e indebidamente- coartar la libertad.

²⁹ CASTRO, Juventino B., Opus cit., p. 92

Y no es una gracia ni tampoco un acto generoso por parte del Estado. Lo hemos sostenido con antelación y lo repetimos: es una obligación del mismo preservar la libertad como un derecho humano, en las leyes por supuesto, convirtiéndose entonces en un Derecho positivo y más aún, consagrado en la misma Constitución en el caso de nuestro país. No queda pues al gobierno de un Estado sino proteger y conceder ese derecho humano llamado libertad, considerándolo uno de los máximos valores; y al individuo le toca la responsabilidad de ejercer ese derecho, ponerlo realmente en práctica, incluso, en contra de la voluntad de los torpes y descuidados legisladores que elaboran leyes contrarias a la preservación de esos valores. Hay la responsabilidad de recordarles y hacerles ver a esos sujetos que la libertad existe, precisamente cuando la ejercemos justo al señalarles sus errores e injusticias. Así, la libertad se contempla con nuestra acción y se escucha con nuestras voces.

Sin embargo, estamos conscientes de que no es suficiente la práctica sin la protección. En otras palabras, es necesario practicar la libertad, ejercerla sí, pero con la debida tutela, tanto por la misma naturaleza del ser humano como la jurídica, es decir, tanto por el Derecho natural como por el Derecho positivo.

1.4 La Garantía Individual.

Iniciamos este apartado con una interrogante, a saber: ¿cómo y por qué se tutela la libertad por el Derecho natural? La respuesta es: como lo que es, como un derecho humano y porque como tal, le es esencial al individuo. No es extraño entonces que se sostenga que: “Los derechos humanos son la base, fundamento y esencia de la dignidad humana. Sin ellos la existencia de los hombres sería igual a la de los seres del mundo zoológico.”³⁰ Y, ¿cuál es ese fundamento y esencia que al humano le otorga dignidad? Su derecho humano llamado libertad. Pero no sólo para hacerlo *libre* sino para hacer que a los otros humanos los haga también libres pues, la existencia de los animales del zoológico no se reduce a no ser libres, sino a morir en cautiverio, sin más ánimo de vivir. Y si esto es lamentable para los llamados animales irracionales, qué significará para los llamados animales racionales o pensantes.

³⁰ CARPIZO, Jorge. Nuevos Estudios Constitucionales, México, Ed. UNAM - Porrúa, 2000, p. 237

¿Y por la parte del Derecho positivo? ¿Qué toca hacer a éste para la tutela de ese derecho humano llamado libertad? Definitivamente tutelarlos, es decir, protegerlos contra los ataques de los sujetos retrógrados, de aquellos que no creen en la libertad o que no la reconocen como un derecho propio del ser humano sino que en todo caso la ven como una concesión del Estado; incluso, protegerlos en contra de los mismos que elaboran el Derecho positivo. En consecuencia, estamos hablando de las llamadas garantías individuales y, por ende, de la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pero, si es con las garantías individuales como se protege a la libertad, entonces ¿en qué se traduce la misma garantía individual y en qué la libertad como una garantía individual? “...éstas, de conformidad con lo que se acaba de exponer, se traducen en relaciones jurídicas que se entablan entre el gobernado, por un lado y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata, por el otro.”³¹ Así, la doctrina afirma que las garantías individuales son las mismas relaciones jurídicas que se establecen entre el particular gobernado y cualquier autoridad y, por ende, con el Estado representado por esa autoridad.

¿Cómo se explica lo anterior? De la siguiente manera. Como se argumentó líneas arriba, al hablar de garantías individuales se habla de la Constitución y por lo tanto, del Derecho positivo. Por lo que estamos conscientes de que: “Nuestra Constitución no habla de derechos humanos sino de garantías individuales. La garantía individual es la medida en que la Constitución protege el derecho humano. Pongamos un ejemplo: el derecho humano a la vida es ilimitado, la Constitución mexicana acepta esa idea y la garantiza en una medida...”³² Así, el Derecho positivo es elaborado por un órgano colegiado llamado legislativo, que es uno de los tres poderes en que se divide el poder estatal para su ejercicio. Un Estado en el cual se encuentran ciudadanos pertenecientes al mismo y que se convierte por ello en el ente superior que gobierna y, como consecuencia lógica, los ciudadanos en gobernados o subordinados.

³¹ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 167

³² CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 485

De esta manera, nos percatamos de que necesariamente nace, se da una relación entre dos sujetos: uno el Estado y el otro el gobernado. No obstante ello, debemos estar conscientes de que se trata de una relación entre un ente superior y otro subordinado, es decir, estamos hablando de una relación sí, pero de supra a subordinación y no así de coordinación. Por lo que: “La relación jurídica de supra a subordinación en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos, a saber, el activo o gobernado y el pasivo, constituido por el Estado y sus órganos de autoridad.”³³ Conforme a esto último surge un dato más, a saber, el Estado es el sujeto pasivo de dicha relación mientras que el sujeto activo es el gobernado. ¿Qué significa esto último? Veamos.

Por un lado, sabemos que dicha relación no se da per se, sino que tiene su fundamento en un documento. Este documento debe tener importancia suficiente para que en él se contenga una relación donde el Estado, su gobierno y autoridades sean una de las partes y estén obligados a respetar, tanto ese documento como la misma relación. Luego, el documento del que hablamos es la Constitución, por lo que sabemos que: “La Constitución es la norma suprema que organiza a los poderes del Estado y protege los derechos fundamentales de las personas.”³⁴ Y, como Norma Suprema que es, el Estado mismo está sometido a ella pues ésta lo organiza.

Aún más, no sólo organiza al Estado sino que además protege los derechos fundamentales de las personas, y nosotros añadimos, a las personas mismas. En otras palabras, es la misma Constitución la que regula la relación de supra-subordinación, en donde el Estado es el ente superior al gobernado y este último es el ente inferior o subordinado. Pero, al proteger la Constitución los derechos fundamentales de las personas -y a las personas mismas- entonces el Estado y sus autoridades se convierten en el sujeto pasivo de esa relación y los gobernados o subordinados en el sujeto activo. Es decir, cuando se trata de los derechos fundamentales del gobernado, es el Estado quien puede ser el agresor y violador de esos

³³ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 168

³⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 45

derechos por lo que es quien se encuentra obligado a respetarlos; por lo tanto, es el gobernado quien adquiere importancia para la Constitución.

Pero y en concreto, ¿quiénes son las personas a las que protege la Norma Suprema y que se denominan sujetos activos de la relación jurídica? Se dice por la doctrina que: “...los sujetos, como centros de imputación de las normas jurídicas, bajo la vigencia de la Constitución del 17 y hasta la actualidad, son los siguientes: los individuos o las personas físicas; las personas morales del derecho privado; las personas morales de derecho social, tales como los sindicatos obreros y patronales o las comunidades agrarias; las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados.”³⁵

Ahora bien, ya que sabemos quiénes son los sujetos de la relación jurídica -el Estado y sus autoridades como sujeto pasivo y los gobernados como sujetos activos-; falta saber qué más se desprende de la relación en mención. Se dice por la doctrina en la materia que la relación de supra-subordinación descansa sobre una dualidad cualitativa subjetiva, dado que se da entre dos entidades colocadas en distinto plano o posición; una es el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, la otra el gobernado. En dicha relación, la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan la actividad soberana o de gobierno, es decir, sus actos autoritarios que tienen como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad y la coercibilidad, y todo ello frente al gobernado.³⁶

Esa dualidad sobre la que descansa la relación se refiere a las dos partes de la misma, a saber, el Estado y el gobernado y, su cualidad se traduce en la calidad del Estado como ente gobernante y el gobernado como ente subordinado, lo que los coloca en un plano distinto a cada uno, propio de cada uno de ellos, es decir, subjetivo.

Pero, lo importante es distinguir lo siguiente. El Estado actúa sin pedirle consentimiento al gobernado ni ponerse de acuerdo con él; aún más, sólo ordena y en su caso, si no es acatada su orden entonces coacciona a su cumplimiento. Estos son los momentos -o mejor dicho,

³⁵ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 169

³⁶ Ibidem. p. 167

son los actos- con los cuales contraviene la Constitución y viola los derechos fundamentales del gobernado. Esto es lo importante de considerar.

No obstante lo anterior, estamos conscientes de que en cualquier relación existen dos sujetos y que para uno como para el otro surgen derechos y obligaciones. En concreto, en la relación jurídica entre el gobernante Estado y el gobernado nacen derechos y obligaciones, aunque sea una relación de supra-subordinación. Y, ¿cuál será una obligación del Estado? Como es el ente gobernante, una de sus obligaciones es la salvaguarda y preservación de las garantías individuales del gobernado. Así, “...las garantías individuales se han reputado históricamente como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público.”³⁷

¿Y en qué parte de la Constitución se salvaguardan las prerrogativas fundamentales al ser humano para el desenvolvimiento de su personalidad y en qué otra se establecen tanto la organización como integración y funcionamiento de Estado? Respuesta: “En el caso de la Constitución Federal, su primera parte es “dogmática” por contener una serie de verdades que se reputan válidas de suyo: las garantías individuales, visibles en los artículos 1º al 29... la parte orgánica constitucional es la que establece la organización, la integración y el funcionamiento de los poderes públicos en los ámbitos federal y local, y que define el alcance competencial de cada uno de esos poderes.”³⁸

Ahora bien, el ser humano que necesita una prerrogativa para desenvolver su personalidad, al que se refiere la Constitución y que se conoce como el sujeto activo de la relación de supra-subordinación, también se le conoce como gobernado. Pero esta persona que puede resentir en su esfera jurídica la actuación de la autoridad, o sea, actos de naturaleza unilateral, imperativa y coercitiva, ¿tiene derechos contra tales actos? Así lo afirma la tesis mexicana de los derechos humanos, que sostiene que el hombre es persona jurídica por el

³⁷ Ibidem. p. 178

³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 46 - 47

hecho de existir, y como tal tiene una serie de derechos.³⁹ Por lo tanto, se puede deducir que el ser humano es la persona, pero como persona jurídica que es y en la relación de supra-subordinación tiene el papel de sujeto activo, al tiempo que es el gobernado.

Pero, si es gobernado necesariamente tiene que existir un gobernante. Así, este último se erige como la autoridad y, por ende, es quien ejerce el poder, el mando por ser sujeto de derecho público, con lo cual le crea derechos y obligaciones al gobernado. No obstante ello, el gobernado no está inerte e indefenso ante la actuación de ese ente de Derecho público; por el contrario, es el titular de las garantías individuales, el que tiene el goce y disfrute de las mismas; de manera inmediata o directa frente a las autoridades estatales que son las que están dotadas del ejercicio del poder de imperio en su distinta esfera jurídica, pero también de forma mediata e indirectamente frente al Estado.⁴⁰

Ahora bien, cabe recordar que al hablar de las garantías individuales se hace respecto de dos sujetos, a saber, el obligado a observarlas y el titular de las mismas por lo que: “Las principales características de las garantías individuales son la unilateralidad y la irrenunciabilidad. Son unilaterales porque su observación está a cargo del Estado que es el sujeto pasivo de ellas. Los particulares son los sujetos activos de las garantías porque a ellos les toca hacerlas respetar cuando un acto de autoridad del Estado las vulnere.”⁴¹ En otras palabras, corresponde al particular -al gobernado- que sus prerrogativas sean respetadas por el Estado al exigirle a éste el respeto de aquéllas cuando sean contravenidas. No es suficiente quejarse, hay que actuar defendiendo, por ejemplo, la garantía de libertad, dado que esta última, como valor y como garantía, es irrenunciable.

Entonces, ¿en qué consiste la irrenunciabilidad de las garantías individuales? ¿Por qué el ser humano no puede -aunque así lo quiera- renunciar a esas sus prerrogativas? Los que saben de esto arguyen que: “...la irrenunciabilidad, radica en que nadie puede renunciar a las garantías individuales. Todo particular cuenta con ellas por el solo hecho de hallarse en

³⁹ CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 484

⁴⁰ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 178

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 67

el territorio nacional.”⁴² Y, aunque esto es verdad en realidad no nos dice gran cosa. Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, argüimos que el particular o gobernado no puede ni debe renunciar a sus prerrogativas constitucionales dado que si lo hiciera renunciaría a su misma naturaleza humana, es decir, a un derecho humano que no está concedido por ninguna ley escrita. Sería tanto como renunciar a la justicia, a la libertad, a la igualdad para ponerse así en manos de los gobiernos tiranos y déspotas.

Con lo anterior, debe observarse que, aunque se da la relación de supra-subordinación entre el Estado y el gobernado respectivamente, en materia de las garantías individuales es el Estado el que se subordina al imperio de la ley cuando tiene la obligación de respetar las garantías individuales. Pero también el gobernado tiene otra obligación, a saber, la de ejercer la potestad -como su derecho subjetivo público- de reclamar al Estado así como a sus autoridades el respeto a sus prerrogativas fundamentales, dado que así se traduce el derecho del sujeto activo (o gobernado) de la relación jurídica y que tiene la naturaleza de un derecho subjetivo público. Se observa así que dicha potestad es un derecho que se impone al Estado y a sus autoridades porque éstos son los sujetos pasivos de la multicitada relación que están obligados a respetar las prerrogativas fundamentales del ser humano.⁴³

Ahora bien, creemos necesario profundizar acerca del concepto: “derecho subjetivo público” para relacionarlo con nuestro tema de investigación, es decir, la libertad. Así, se ha dicho que los derechos subjetivos son aquéllos “...mediante cuyo ejercicio la persona podrá disfrutar de los beneficios de la libertad jurídica. La libertad es la esencia y los derechos subjetivos los medios legales para tornarla efectiva en la convivencia social.”⁴⁴ De esta forma, se puede decir que la libertad está, como esencia, en algún lugar, como potencia en alguna conducta del ser humano; luego, hay que convertirla en acto, ejercerla, y en su caso exigirla al Estado cuando éste quiera coartarla indebidamente. Claro, por cada persona o individuo y por los medios o conductos legales, o sea, los derechos subjetivos públicos.

⁴² Idem.

⁴³ BURGOA, Ignacio. Opus cit., pp. 179 - 180

⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 52

Pero si son ejercidos por cada persona o individuo, como consecuencia de tal naturaleza, no debemos confundirlos con los derechos objetivos, es decir, con la norma jurídica donde se encuentran regulados. En otras palabras, la potestad de exigir es un derecho de cada individuo, de cada sujeto, potestad que se hace valer frente y ante el Estado y sus autoridades, dado que son éstos -ya se ha señalado- el sujeto pasivo de la relación de supra-subordinación en que se manifiestan las garantías individuales. Ahora bien, no se podría hacer valer tal potestad si no estuviera regulada como un derecho subjetivo público en una norma de Derecho; sin embargo, esta última debe ser para todos, es decir, impersonal, y para todos los casos y no así para cada caso en particular, o sea abstracta y general. Que después esa norma jurídica se particulariza y se vuelve concreta, sí, así es; cuando el sujeto en su individualidad hacer valer esa norma jurídica abstracta e impersonal

No obstante lo anterior, debemos precisar que los derechos subjetivos públicos se dividen. Para ello nos auxiliamos de la doctrina que ha señalado que tales derechos pueden ser originarios o derivados para el gobernado. Así, son originarios cuando su nacimiento, su surgimiento opera per-se, se dan por sí mismos, aun sin que tenga verificación algún acto o hecho jurídico previo. Esto es, porque son inherentes a la personalidad humana o porque se imputen directamente al individuo por la ley. En cuanto a los segundos, es decir, a los derivados, se dan cuando su causación deviene de un acto o de un hecho jurídico previo y necesario que les dio origen y sustento, tal como sucede con los derechos que nacen de un contrato, de un testamento, de la prescripción adquisitiva o positiva, entre otros.⁴⁵

Cabe una pregunta por hacer, a saber: ¿lo anterior en qué ordenamiento está contemplado? Líneas arriba hemos dicho: *la norma jurídica*. ¿A cuál nos referimos: a la primaria o a la secundaria? Otra interrogante más, ¿cuál de tales normas señala la fijación, impone los límites a la actuación de las autoridades del Estado y al Estado mismo respecto de los derechos subjetivos públicos? Los límites están consignados en los preceptos constitucionales. Y, ¿por qué en éstos? Porque son los que establecen y regulan la garantía individual correspondiente al derecho subjetivo público en particular. ¿La razón? Que “...siendo tales derechos de carácter constitucional, dentro de un sistema normativo

⁴⁵ BURGOA, Ignacio. Opus cit., pp. 180 - 181

organizado en una jerarquía de leyes, como el nuestro, en el que el ordenamiento supremo es la Constitución Federal, no es posible admitir que cuerpos legales secundarios, cualquiera que ellos sean, puedan alterar, reduciéndolo, el ámbito regulador de los mandamientos de ésta.”⁴⁶

Nos cuestionamos entonces al respecto, ¿qué relación guardan los derechos subjetivos con las garantías individuales? ¿Son dos cosas diferentes o acaso son lo mismo y, simplemente se utilizan como expresiones sinónimas? Como en otros aspectos del Derecho, también en éste que nos cuestionamos aquí, existen diversas posturas que, incluso, pueden llegar a ser encontradas. Así, hay quienes sostienen que: “...las garantías individuales son “derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo.”⁴⁷

Pero, por otro lado existen quienes consideran que no debe identificarse a la garantía individual (garantía de gobernado) con el derecho público subjetivo (derecho fundamental del gobernado) pues, el derecho subjetivo público -conceptuado diversamente por la doctrina- reconoce siempre, independientemente de su postura filosófica, la existencia de una obligación correlativa a cargo de un sujeto diferente de su titular. En otras palabras, un derecho subjetivo se tiene y se ejercita frente a un obligado que tiene el deber coercible de respetarlo y/o de comportarse conforme a él. Por ende, ese derecho (coercitivo) y la obligación (coercible) son correlativos por necesidad entre sus respectivos sujetos.⁴⁸

Y no son iguales dado que la garantía individual se traduce en una relación jurídica de rango constitucional entre el gobernado y las autoridades del Estado, y si dicha relación involucra el derecho subjetivo público en favor de aquél y la obligación correlativa a cargo

⁴⁶ Ibidem. pp. 197 - 198

⁴⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 49

⁴⁸ BURGOA, Ignacio. Opus cit. p. 182

de éstas, entonces no se puede admitir la identificación de la garantía con el derecho subjetivo público, es decir, confundir el todo con sus partes.⁴⁹

Incluso, también se piensa que las garantías son en realidad una creación de la Constitución, mientras que los derechos protegidos por esas garantías son los derechos del ser humano en general, que no provienen de ley alguna.⁵⁰

Por otra parte, en lo que sí coinciden todos es en el hecho de que las garantías individuales están consagradas en la Constitución. Así, el soporte jurídico de la garantía individual se basa en un orden de Derecho que, como sistema normativo que es, rige la vida social y los derechos subjetivos públicos se instituyen en el ordenamiento fundamental o básico del orden jurídico estatal, a saber, en la Constitución.⁵¹ Pero no sólo las garantías individuales sino los mismos principios constitucionales que las rigen, los cuales se ubican en los artículos 133 y 135 de la Constitución Federal. Un principio constitucional es el de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 constitucional.⁵²

Pero, ¿qué implica en realidad el artículo 133 de la Constitución y en concreto el principio de supremacía constitucional? Entre otras cosas, que ningún otro ordenamiento -sea de la naturaleza que sea- puede contravenir lo dispuesto por aquélla y, menos aún, tratándose de las garantías individuales, como por ejemplo la garantía de libertad.

Aún más, podemos argumentar que la Constitución no sólo obliga a gobernantes (Estado y autoridades) sino también a los gobernados. Un ejemplo de este último caso es la obligación que tiene los particulares de contribuir al gasto público del lugar en que residan conforme al artículo 31, en su fracción IV; aunque claro, en el mismo precepto constitucional se señalan las garantías y principios constitucionales a favor de esos particulares.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ BAZDRESCH, Luis. Cit por. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 53

⁵¹ BURGOA, Ignacio. Opus cit. p. 186

⁵² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 61

Y así, observamos que en la Ley Fundamental se encuentran tanto las obligaciones como los derechos de gobernantes y gobernados. Por ello es el ordenamiento primario y supremo del orden jurídico del Estado que encauza el poder público, así como el que regula la relación entre ambas partes. Por lo que los derechos públicos subjetivos, como uno de los elementos de la garantía individual (del gobernado), son de creación constitucional conforme al artículo primero de nuestra Ley Suprema.⁵³

La razón de lo anterior radica en el hecho de que nuestra Constitución es escrita, nuestro derecho es escrito y, por ende, en el sistema jurídico mexicano, la fuente primaria de las garantías individuales es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como consecuencia de esto último, en este país las Constituciones de las entidades federativas pueden (y deben) complementar la regulación de las garantías individuales mencionadas en la parte dogmática de la Constitución Federal.⁵⁴

Y, ¿qué implica el hecho de que las garantías individuales estén consignadas en la parte dogmática de la Constitución? Implica que las mismas están “...investidas del principio de rigidez constitucional, en el sentido de que no pueden ser modificadas o reformadas por el poder legislativo ordinario (o sea, por el Congreso de la Unión como órgano legislativo federal y para el Distrito Federal, y por las Legislaturas de los Estados), sino por un poder extraordinario integrado en los términos del artículo 135 de la Ley Fundamental.”⁵⁵

Esto último es demasiado importante y trascendente para nuestro trabajo de investigación y en particular para nuestro tema de la libertad. Como ha quedado establecido y señalado por nuestra parte y con apoyo en la doctrina, sostenemos que ni el propio Congreso de la Unión puede contravenir lo dispuesto por la Carta Magna, ni tampoco debe limitar una garantía individual llamada libertad, o incluso, tratar de eliminarla de nuestra Constitución con leyes secundarias, tal como el Código Fiscal de la Federación.

⁵³ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 186

⁵⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 63

⁵⁵ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 188

Pero, ¿por qué es tan importante la garantía individual? Porque es importante el ser humano y todo lo que a él concierne, tal como sus libertades. Y, si no se debe permitir a un sujeto coarte la libertad de otro, menos aún al Estado cuando a éste se le confiaron los derechos y prerrogativas de su gobernado. Debemos distinguir que cuando hablamos de un particular y su relación con otro particular, hablamos de Derecho privado; pero cuando mencionamos al Estado y a su gobernado, hacemos mención de una relación de supra-subordinación en donde el Estado tiene la facultad de mandar al particular y, éste sólo debe obedecer el mandato de la autoridad. Por lo tanto, hablamos de una relación que se rige por el Derecho público.

Por lo tanto y conforme a la doctrina, *garantía*, en Derecho público, significa diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho; en otras palabras, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente; estado de derecho en que la actividad de esa entidad política está sometida a normas preestablecidas y que tiene como base de sustentación el orden señalado en la Constitución.⁵⁶

Lo anterior debe ser así, dado que no importa que el Estado sea el ente gobernante y que sus autoridades puedan mandar, es decir, que tengan la facultad de ordenar, sino que deben hacerlo apegado a la Constitución y, en concreto, a la garantía de seguridad jurídica y de legalidad. Insistimos, no importa que se trate del Estado; antes más, es el más obligado. Este ente debe respetar los derechos humanos de sus gobernados pues, “Un sistema político se define y caracteriza, más allá de los aspectos ideológicos, de la propaganda, de los mecanismos clásicos para alcanzar el equilibrio y los límites al poder, y de su ostentación como democracia, por el reconocimiento y protección real a los derechos humanos. No hay que dejarse confundir: donde los derechos humanos no se respetan, no existe la democracia sino el reino de la fuerza y la tiranía.”⁵⁷

⁵⁶ Ibidem, p. 162

⁵⁷ CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 481

Y no, no estamos confundiendo a las garantías individuales con los derechos humanos. Estamos conscientes que son dos cosas diferentes, aunque muy relacionados entre sí pues, cuando se da la relación Estado-particular surgen de manera natural los derechos humanos del último contra la posible actuación indebida del primero. Sí, es obvio decirlo, los derechos humanos son para el ser humano, no para un ente ficticio y abstracto como es el Estado. Lo que no es ficción son los derechos humanos y su relación con las garantías individuales. Y, por cierto, ¿cuál es la relación entre los derechos humanos y las garantías individuales? Estas últimas son los compromisos del Estado. En otras palabras, los: “... derechos humanos, que en términos generales son facultades de actuar o disfrutar, y garantías, que son los compromisos del Estado de respetar la existencia y el ejercicio de esos derechos.”⁵⁸ Sí, así es. El gobernado, el particular, el subordinado, tiene la facultad de actuar, de disfrutar sus derechos, tal como su libertad; y, el Estado tiene la obligación de respetar esos derechos, tanto su existencia misma como su ejercicio, respetando al mismo tiempo las garantías de dicho sujeto.

El Estado es entonces el sujeto obligado, al igual que sus autoridades. Y las garantías individuales, los derechos subjetivos públicos y los derechos humanos pueden y deben ser respetados por aquél; pero también pueden y deben hacerse valer, incluso exigirse por el individuo.

Sin embargo, debemos precisar en dónde y en qué se encuentra esa obligación a cargo de las autoridades estatales. Ya hemos dicho que en la Constitución, en las leyes secundarias. Pero, ¿y en concreto dentro de éstas? En las normas jurídicas y, más aún, en el principio de juridicidad. Es aquí que: “Debemos observar que la obligación mencionada a cargo de todos los órganos estatales tiene su fundamento directo en el principio de juridicidad, que implica la ineludible subordinación de todos los actos del poder público a normas jurídicas pre-establecidas.”⁵⁹

⁵⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales. Parte General, Colección: Garantías Individuales, T. 1, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 53

⁵⁹ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 183

Así que ya no hablamos solamente de un subordinado, o sea, el particular respecto del Estado, sino del mismo Estado hacia el principio de juridicidad, hacia la norma jurídica, hacia la Constitución y a las leyes secundarias. Con base en esto, podemos y debemos decir que el Estado y sus autoridades también se subordinan a las mismas garantías individuales, a los derechos subjetivos públicos y a los derechos humanos. ¿Por qué? Porque: “...las garantías individuales participan del principio de supremacía constitucional (consignado en el artículo 133 de la Ley Suprema), en cuanto que tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades todas deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria.”⁶⁰

Por lo tanto, no se trata sólo de una norma jurídica, sino de la Norma Constitucional, la que protege al gobernado incluso contra la misma ley. Por lo que el mandato legal no es sólo para el gobernado sino para los mismos órganos estatales. ¿En qué se traduce lo anterior? En que: “La norma protege intereses que la sociedad reclama como garantía de seguridad jurídica, contenida en el mandato legal, que es precepto de tipo determinado y rígido.”⁶¹

Ahora bien, en concreto, cuando no son los actos judiciales o administrativos los que violan o contradicen la Norma Constitucional, sino es el mismo acto legislativo, es decir, la misma ley la que contraviene la garantía individual, ¿qué sucede con los principios de supremacía, de inviolabilidad, de juridicidad, todos ellos de la misma Constitución? Sucede que el legislador ordinario desconoce (por ignorancia o desconocimiento) a la misma Constitución, a las garantías individuales, a los derechos subjetivos públicos y a los derechos humanos del gobernado, y por ende, al individuo, a la persona humana.

Y, en realidad, ¿en qué momento se da lo anterior? En el instante en que: “...un precepto reglamentario desvirtúa su propia índole jurídica cuando se excede de la norma reglamentada (...) De ello se deduce que ninguna reglamentación de una garantía individual puede establecer limitaciones al derecho público subjetivo que de ésta se deriva y que no

⁶⁰ Ibidem, p. 187

⁶¹ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Opus cit. p. 9

estén comprendidas en el precepto constitucional que las regule o en otro de la misma Ley Fundamental.”⁶² En otras palabras y en concreto a nuestro tema de estudio -la libertad-, el legislador ordinario desvirtúa la naturaleza de la Constitución al coartar la libertad del trabajo y de la libre expresión y manifestación de las ideas con el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación. O sea, se viola la garantía individual de libertad.

1.5 La Libertad y la Garantía Individual

Al iniciar este apartado y retomando el anterior en su párrafo in fine, nos referimos nuevamente a que el legislador ordinario no debe desvirtuar la naturaleza de la Constitución al coartar la libertad de manera general y en específico. Y bien, esto puede entenderse en el sentido de que cada sujeto goza de una libertad ilimitada y de que puede hacer lo que le plazca. La realidad es otra y todos la conocemos. En otras palabras, sabemos que gozamos de libertad pero estamos conscientes de que dicha libertad es limitada y no al contrario, ilimitada. No podemos hacer lo que deseamos pues, con un ejercicio tan irresponsable, lo más seguro es que dañemos a otro. La libertad es tan delicada y peligrosa que, si no sabemos administrarla, seguramente caeremos en el libertinaje dañino tanto para uno mismo como para los demás que por alguna circunstancia están al lado nuestro. Luego, toca a nosotros mismos limitarnos o, de otra forma, será el Estado quien -a través de sus poderes- nos limite la libertad.

Esto ha sido así desde siglos atrás, cuando la misma Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -como uno de los documentos pioneros en cuestiones libertarias- limitaba el ejercicio de la libertad cuando disponía que la misma consiste en poder hacer todo lo que no dañe al otro. Por lo que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no debe tener más limitaciones que los que aseguren a los otros miembros de la sociedad gozar de esos mismos derechos; ahora bien, esos límites sólo pueden establecerse mediante la ley (Artículo IV).

⁶² BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 199

No obstante lo anterior, no puede ni debe interpretarse entonces que el Estado, a través de sus poderes de gobierno nos limite nuestras libertades; no al menos las que fueron consagradas en nuestra Constitución Federal. Ya hemos sostenido con anterioridad que el ser humano es libre por naturaleza, dada su naturaleza de formarse como ser independiente y autónomo -en la medida de sus posibilidades- y que, el Estado está obligado a garantizarle tal naturaleza. No se debe confundir ni creer que el ser humano es libre porque el Estado es generoso, pero tampoco pensar que nuestra libertad está por encima de todo, no. Es normal y loable que en ocasiones tengamos que sacrificar nuestra libertad en aras de la libertad de otros. Es decir, cuando en este trabajo hablamos de nuestra libertad, lo hacemos así, en plural, pensando en la libertad de los demás, no sólo para ser libres nosotros sino, principalmente, para hacer libres a los demás. Un ejemplo -sencillo- es la libertad de expresión y de cátedra en la educación y en la enseñanza para hacer libres pensadores a los que nos escuchan y no convertirlos en seres dogmáticos.

Esto es así dado que no hay que olvidar -pues no olvidar es mejor que recordar- que aunque deseáramos lo contrario, somos miembros de una comunidad en la cual hay que convivir con lo mejor de cada uno. Desde ahí inicia nuestra facultad libertaria, es decir, de decidir ser libre y cómo participar en el bien común. No es extraño entonces que la doctrina considere que: “El hombre, considerado abstractamente como persona, está dotado de la potestad libertaria. Pues bien, (...) libertad como factor abstracto deontológico del hombre ha pugnado por transmutarse en algo real. En síntesis, si filosóficamente el ser humano como tal tiene que ser libre, realmente también debe poseer este atributo.”⁶³

Vemos así que al ser humano le viene como una necesidad el ser libre, sea como derechos del hombre, como derechos humanos o como un derecho específico de su individualidad; lo cierto es que tales derechos: “...se aumentaron en nuestra Constitución de 1917 comprendiendo al hombre no sólo como individuo sino integrado también en la familia y en las múltiples asociaciones intermedias de diversa índole.”⁶⁴

⁶³ Ibidem, p. 308

⁶⁴ CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 35

Lo cual nos lleva de la mano a considerarnos ya no sólo como seres humanos con libertad sino como ciudadanos de un Estado pero con derechos frente al mismo. Derechos que para ese ente se convierten en obligaciones. En otras palabras: “Las garantías de libertad son un conjunto de derechos públicos subjetivos para ejercer, sin vulnerar los derechos de terceros, libertades específicas que las autoridades del Estado deben respetar, y que no pueden tener más restricciones que las expresamente señaladas en la Constitución.”⁶⁵

Así, las garantías de libertad, la garantía individual de libertad y con ello la libertad individual, están, no sólo consagradas en la Constitución sino también y principalmente resguardadas por la misma. Por lo tanto, el Estado -con sus poderes- está obligado a respetar nuestra libertad individual y con ello directamente a la Constitución o, de manera inversa, a la Constitución y con ello indirectamente a nuestra libertad individual. La respuesta a la interrogante de porqué debe ser así, es, por un lado, cuando esa libertad individual se convirtió en un derecho subjetivo público y por otro, cuando nació la relación entre el gobernado y el Estado y sus autoridades.

Y, en nuestro tema de investigación es precisamente dicha relación la que hace al Estado respetar una esfera libertaria a favor del individuo como consecuencia de un imperativo filosófico, que creó para los sujetos de la misma un derecho y una obligación correlativa.⁶⁶ Ahora bien, queda claro que nuestra libertad individual debe ser respetada por el Estado. Sin embargo, la interrogante es: ¿qué sucede si ese ente gobernante no respeta por sí solo nuestra libertad individual? La respuesta es que entonces debe ser reclamada por parte nuestra. Otra interrogante consecuente es: ¿cómo la reclamamos? Otra respuesta adecuada es: como lo que es, es decir, como un derecho subjetivo público a favor nuestro que somos los gobernados, pues su “...calidad de derechos subjetivos públicos permite que sean reclamables ante el Estado, que está obligado a no interferir en la esfera de garantías libertarias de los individuos, así como a asegurar las condiciones para que aquéllas gocen

⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales de Libertad, Colección Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 25

⁶⁶ BURGOA, Ignacio. Opus cit., pp. 309 - 310

de vigencia, imponiéndoles algunas limitaciones en beneficio de la paz, el orden y la armonía sociales.”⁶⁷

Como consecuencia de lo anterior, es cuando “...la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo público cuyo titular es el gobernado (...) cuando la libertad humana se convierte en una garantía individual, engendrando un derecho subjetivo público para su titular, consistente en su respeto u observancia, así como una obligación estatal y autoritaria concomitante.”⁶⁸

Empero, debemos recordar que es en el texto constitucional donde aparece claramente el reconocimiento y la clasificación para el estudio de las garantías constitucionales: como las de libertad, garantías que se refieren a la libertad personal, a la libertad de acción, a la libertad ideológica y a la libertad económica.⁶⁹

Sin embargo, no obstante lo señalado con insistencia acerca de que el Estado está obligado a respetar nuestra garantía individual de libertad, o nuestra garantía libertaria y de que así debe ser porque lo ordena la Constitución, no debemos confundir la libertad con la corrupción de actuar sin freno. En otras palabras, también nosotros los particulares debemos respetar la Constitución pues somos gobernados, y si bien no estamos obligados a respetar la garantía individual de libertad, en cambio sí lo estamos respecto de la libertad misma, tanto la nuestra como la de los otros individuos.

Pero, ¿qué pasaría si nosotros como gobernados no respetamos la Constitución ni tampoco nuestra libertad misma ni la de los otros gobernados? ¿Quién nos frenaría en nuestro exceso libertario? ¿Qué sucedería si con el ejercicio de la libertad se vulnerara el orden social? Sin duda alguna, el Estado actuaría coartando nuestra libertad. ¿Por qué? Porque le corresponde al Estado, como persona política y social que es, pues también puede ser vulnerado por un desenfrenado ejercicio de la libertad. Por lo que se declaró que la libertad del individuo

⁶⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales de Libertad, Colección Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 25

⁶⁸ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 310

⁶⁹ CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 40

debería restringirse en aquellos casos en que su indebido ejercicio significare un ataque o vulnerare al interés estatal o social. Como consecuencia, conjuntamente a la limitación de la libertad a favor del interés particular, se consagró la restricción a la misma en beneficio del Estado o de la sociedad.⁷⁰

Por último, como corolario de todo lo argumentado líneas arriba, estamos conscientes de que hablar del tema de la libertad es problemático dado que la libertad misma y su ejercicio representan un verdadero problema. Y no nos referimos sólo a aquellas ocasiones en que el Estado nos restringe la libertad, sino también y acaso más cuando el mismo individuo vulnera esa libertad; cuando no la considera en otros sujetos sino únicamente en su esfera individual. Sabemos que tenemos derecho a la libertad, pero no a qué clase de libertad; tampoco conocemos cuándo, con quién, respecto de qué derecho y hasta qué límites. También sabemos que el Estado debe protegerla y respetarla. Lo que no sabemos, lo que muchos ignoramos es qué significa la libertad deontológicamente hablando. Y, la libertad, aplicando la deontología, es un deber sí, pero no sólo para con nosotros mismos sino más bien para beneficio de los otros miembros de la humanidad.

En otras palabras, tenemos la obligación de otorgarla, de respetarla, de conservarla, de ejercerla, en fin, de hacer que dicha libertad perdure. Pero también, debemos estar conscientes de que como uno de los principales valores -como se ha argumentado- debe existir, debe ser, ontológicamente permanecer, no sólo el tiempo que dure un Estado o el breve tiempo que dura una vida sino que debe existir para cada individuo que la ambicione y la necesite para hacer algo bueno y digno con ella. Al individuo le corresponde que la libertad exista con una dirección deontológica, para así hablar de tal libertad como una realidad ontológica.

⁷⁰ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 306

CAPÍTULO SEGUNDO. LA GARANTÍA DE LIBERTAD Y LOS ARTÍCULOS 5to. Y 6to. CONSTITUCIONALES

En el capítulo que antecede abordamos la Idea de Libertad desde sus diversas manifestaciones. Ahora, en el presente capítulo que iniciamos, estudiaremos a la libertad también, pero desde un punto de vista jurídico. Esto con la finalidad de demostrar que un acto de justicia se traduce en otorgar libertad al ser humano, y que otro acto es el de seguridad, cuando ese ser humano conserva y practica dicha libertad.

2.1 La Libertad.

Así, no nos es desconocido -desafortunadamente- el hecho de que nuestras autoridades, en reiteradas ocasiones, vulneren nuestra esfera jurídica en aras de conseguir sus fines partidistas o políticos; no negamos tampoco que en alguna situación en concreto les sea necesario restringir nuestra libertad para preservar un bien común. No obstante ello, en cualquiera de ambos casos, se cometen verdaderas injusticias, lo que provoca grandes y graves situaciones de convulsión social, "...negándose la existencia de un estado de derecho que encierre la vivencia tanto de la justicia, como de la seguridad."¹

Y es que, para que impere la libertad, es necesario que también lo haga el estado de derecho. En otras palabras, el Estado y sus autoridades no deben perder de vista que el sujeto al que administran no sólo vive de "pan y circo". También es necesario que tenga un alimento intelectual y cultural. Y por lo tanto, necesita la justicia y la seguridad jurídica de que se le otorgará su libertad y de que se le permitirá practicarla sin más cortapisas que las que marca la ley positiva.

Es cierto, ante este hecho, es necesario que ambos sujetos de la relación jurídica, es decir, el administrado o gobernado y el Estado y sus autoridades, estén concientes de la existencia de ese estado de derecho y de que en este último debe darse lo que se denomina seguridad

¹ DE LA CUEVA, Arturo. Justicia, Derecho y tributación, México, Ed. Porrúa, 1989, p.132

jurídica. Pero no como una mera expresión sino más bien como una verdadera obligación a cumplirse sin excusa alguna por parte de ambos sujetos involucrados. Y aunque la interrogante es en el sentido de que si el particular está obligado a brindar la seguridad jurídica aparte del Estado, nuestra respuesta es que efectivamente es el Estado y sus autoridades quienes deben brindar y garantizar la seguridad jurídica según el ordenamiento jurídico de que se trate. No obstante ello, afirmamos que el particular, aunque bien no está obligado a brindar ni a garantizar la seguridad jurídica, también lo es que debe cooperar para que se dé la misma, no alterando el orden social ni practicando una libertad que se convierta en libertinaje, corrompiendo así el equilibrio sociológico.

En otras palabras, no se debe alterar el orden jurídico ni por una parte (el particular) ni menos aún por la otra (el Estado y sus autoridades), pues: “La seguridad jurídica, por su parte, implica un saber a qué atenerse, una garantía de que los derechos colectivos e individuales serán respetados y protegidos por el ordenamiento jurídico.”²

Estamos equivocados los particulares cuando creemos que el Estado nos debe todo y de que podemos disponer de cuanto nos venga en gana y practicar nuestras libertades del modo que mejor nos parezca, pues si así fuera, estaríamos en contra del orden social y aún más, en contra del orden jurídico. Están mal el Estado y sus autoridades si piensan que como entes gobernantes que son pueden coartar sin más las prerrogativas del particular y violar así un ordenamiento jurídico que les prohíba tal actuación. Ambos sujetos se corrompen y lo mismo sucede a su alrededor con otros entes particulares y con otros entes gobernantes. Una cosa sí es cierta, a ninguno les interesa el bien común; por lo tanto, hay que obligarlos a comportarse jurídicamente para así lograrlo socialmente con posterioridad.

Pero para lograr lo anterior es indispensable la libertad. No se puede llevar a cabo tal tarea sin ella. Sin embargo, algunos sujetos le dan forma y materia a la libertad y la conciben como una moneda de cambio, en la que una de las caras señala *actuar* y la otra cara *no actuar*. Y echan la moneda al aire y según la suerte y el azar actúan o no. ¡Qué errónea concepción de algo tan fino y sublime como lo es la libertad! Ejercer la libertad no es

² Ibidem. p. 130

cuestión de suerte, ni siquiera de oportunidad, sino más bien de posibilidad y de obligación. De posibilidad de hacer algo valioso y benéfico para los demás y de posibilidad de abstenerse de ejercer tal libertad en aras de un bien mayor y colectivo. Esto último es obligatorio para el sujeto que quiere ser libre.

Y nos atrevemos a afirmar que de la misma manera actúan nuestros gobernantes. Y unos y otros coartan la libertad del individuo que verdaderamente desea ser libre, impidiendo su libre desarrollo. ¿Por qué es importante lo anterior? Porque: “El bien común comprende el beneficio colectivo, dentro del cual se encuentra el universo de la vida social, así como el logro de las condiciones y circunstancias bajo las cuales el ser humano puede lograr su realización personal.”³

Y si bien es cierto que líneas arriba afirmamos que el particular tiene la posibilidad de abstenerse de ejercer su libertad, también lo es que esto no significa que debe renunciar a la misma, es decir, a su libertad, dado que ésta tiene el carácter que le es propio, o sea, irrenunciable. Y como consecuencia, es inalienable la libertad puesto que es un valor que no puede transmitirse de un sujeto a otro.

2.1.1 Su carácter de irrenunciable

Iniciemos este tema indicando qué se puede entender por el término *renunciar*. Etimológicamente viene de *nuntius* que significa emisario o enviado; así se forma la palabra *renuntius* que en castellano quiere decir renunciar y que implica: anunciar que se abandona una cosa, dimitir o desistir. Por lo tanto, por renuncia entendemos que un sujeto anuncia que abandona una cosa o que dimite o se desiste de continuar con una empresa.

Aún más, *renunciable*, debido al sufijo *ble* significa *susceptible o capaz de...*, lo cual implica que *renunciable* quiere decir: lo susceptible de renuncia o capaz de ser renunciado. Es decir, un sujeto puede -si así lo desea- renunciar a algún bien, cosa u objeto, incluso a algún derecho.

³ Idem.

Por su parte, el vocablo *irrenunciable* significaría lo opuesto a las dos definiciones anteriores pues, el prefijo *ir* deriva de *in*, que es un prefijo negativo y, por lo cual, el vocablo en análisis significaría lo que no es susceptible o capaz de renuncia. De esta manera podemos diferenciar a ambos vocablos: renunciable e irrenunciable, y así estamos en posibilidad de manejar el que nos interesa para efectos de nuestro trabajo.

Y, en concreto y conforme a nuestro trabajo de investigación, utilizaremos el término de irrenunciable. No obstante ello, emanan de las líneas anteriores serias interrogantes, a saber: ¿qué es lo que no puede ser objeto de renuncia? ¿Por qué no puede ser objeto de renuncia? ¿Quién no puede renunciar y por qué no puede renunciar? Las respuestas son: ¡La Libertad! No puede ser objeto de renuncia por las siguientes razones que expondremos enseguida. Quién no puede renunciar es el individuo y por las mismas razones que mencionaremos.

Así, la primera razón radica en que, cuando deseamos ser libres, es porque obedecemos a nuestra propia naturaleza, es decir, somos seres libres por naturaleza y no podemos ir en contra de nuestro mismo ser; no podemos ni debemos olvidar que el ser humano es anterior a toda organización política y social. Por lo tanto, nadie mejor que el ser humano para ser el depositario de tan sublime bien -la libertad-, pero no sólo para atesorarlo sino para ponerlo en función, es decir, ser en verdad libres.

La segunda razón no es menos importante pues consiste en que al ser libre el individuo, de esta manera adquiere sustantividad propia, o sea, el individuo se autentifica y se identifica consigo mismo como lo que es y querrá seguir siendo, un ser libre y en consecuencia así actuaría.

La tercera razón descansa en el hecho de que, al ser el ser humano el depositario de tan sublime bien, por lo tanto, la libertad reviste características de titularidad y de radicación. Es decir, el individuo es el titular de dicho bien y en él radica no sólo la propia libertad sino el ejercicio de la misma.

Como consecuencia de lo anterior, dicho sujeto no puede reconocer otro poder superior a él mismo para la conservación de la libertad y de la práctica de esta última -salvo la autoridad del Estado y el beneficio colectivo- pues, aunque lo deseara, no puede renunciar a ser libre dada su propia naturaleza.

Por lo tanto, la cuarta razón se basa en el principio de que cada individuo tiene la imperiosa necesidad de ser autónomo, pues la libertad le brinda la posibilidad de ser independiente, de ser capaz de seleccionar su forma de constituirse como ser humano, pero como ser humano libre, es decir, un ser que se identifica con su verdadero yo.

La quinta razón tiene como soporte el sistema de funcionamiento de vida de cada sujeto, de adoptar la forma que mejor le conviene para desarrollarse. Esto último implica que el sujeto debe autodeterminarse; no sólo preguntarse cuál es su función en la vida sino principalmente responderse cómo quiere ser libre, para qué y para quiénes. Y, dentro de toda la gama de posibilidades de ser, el individuo escogerá, mejor aún, seleccionará la manera y forma que más le conviene, sí, pero para constituirse.

Sin embargo a lo anterior, debemos aclarar que cuando hablamos de libertad -como ya lo hemos hecho líneas arriba-, no queremos decir con ello que el sujeto podrá hacer lo que le apetezca, no, definitivamente no. Pues la libertad también es -como sistema de funcionamiento del individuo para su autodeterminación- la negación misma de la arbitrariedad. En otras palabras, el ser libre significa desplegar una actividad sí, pero dentro de ciertos cánones, dentro de ciertos lineamientos. Dicho directamente, se autolimita. Por ende, el sujeto libre también debe autolimitarse.

¿Por qué lo anterior? ¿Cuál es el fundamento de dicha autolimitación? Bien, si la libertad radica en uno y a su vez, uno radica en la libertad, debemos tomar en cuenta y recordar que no existe sólo la libertad física (deambulatoria) sino también la libertad jurídica, sociológica, psicológica, filosófica, pero sobre todo, la moral y que, respecto de cualquiera de ellas, el ser libre debe actuar con ética al ejercitar su libertad. Aún más, el ser humano

libre debe concebirse y comprenderse dentro de una organización política y social. Por lo tanto, debe tomar en consideración a los que se encuentran dentro de esa organización y saber pertenecer a la misma y saber ser libre dentro de ésta, con los demás y para los demás miembros.

De esta manera, paradójicamente, la libertad es para ser libre, sí, pero también para imponerse a sí mismo ciertas restricciones en beneficio de uno mismo y de otros, incluso, de la organización a la que pertenecemos. Por lo tanto, es imperativo para el sujeto que se dice libre y desea serlo, que realmente sepa ser libre y no caer en el libertinaje y en la corrupción. Pero también es imperativo que tanto la organización como el grupo social por su parte garanticen la libertad del individuo así como el ejercicio de la misma. De esta forma, es claro dilucidar que la libertad no sólo es cuestión y tarea del individuo pues aquella no sólo radica en él sino en la misma organización y grupo social.

Así, con base en todo lo anteriormente planteado, por las razones que expusimos y por ser la libertad uno de los bienes más preciados y valiosos, en materia filosófica se plantea la posibilidad de que la libertad no debe verse sólo como una oportunidad de liberarse de algo. Sino más bien como la oportunidad de una liberación para sí mismo, o sea, como una autorrealización.⁴ Liberarse del que no somos para llegar a ser lo que en realidad deseamos ser.

Por todo esto es que la libertad tiene como característica la irrenunciabilidad. La libertad es irrenunciable. Ese es su carácter. Y, el ser humano que quiera ser libre no debe renunciar a ella sino que debe defenderla. Si no lo hace él, o sea, el sujeto que quiere ser libre o el que desea seguir siendo libre, nadie lo hará en su lugar. ¿La razón? La razón es que la libertad también es inalienable.

2.1.2 Su carácter de inalienable

⁴ FERRATER MORA, José. Opus cit., T. I (A - D) pp. 105 - 106

El término *Alienar* viene de *alienus*, que significa ajeno o vender. A su vez, *alienable* implica lo que es capaz de ser vendido. Así, podemos vender algo que nos es ajeno; algo que es susceptible de venderse dado que puede desprenderse de nosotros. Pero, la pregunta es: ¿cómo podemos *vender* lo que no nos es ajeno a nosotros, algo como nuestra libertad, dado que ya demostramos que esta última es propia del ser humano, que la misma va con nuestra naturaleza? Ergo, es absurdo vender nuestra propia naturaleza, es decir, nuestra libertad.

No podemos deshacernos de ella; estamos imposibilitados a renunciar -aunque así lo deseáramos- a la libertad dado que no debemos renunciar a nosotros mismos, a nuestra propia naturaleza, a nuestra autonomía e independencia. Inalienable significa entonces *lo que no es susceptible de renuncia*. Y la libertad no es susceptible de renuncia. ¿Por qué? Por las siguientes razones.

La primera radica en que, la libertad -como parte integrante de nuestro ser- es inherente al ser humano, por lo tanto, inseparable del individuo. No es ajena al sujeto y como consecuencia no existe la posibilidad de delegación. En otras palabras, nadie puede delegar su propia libertad ni su ejercicio en otro sujeto.

La segunda razón consiste en que, dada la imposibilidad de delegación de la libertad y de su ejercicio, toca al ser libre ejecutar las facultades de autodeterminación y autolimitación. Tales facultades son capacidades que coexisten siempre con el sujeto libre, dado que no puede delegar tales facultades en otro individuo, pues nadie se desarrolla en otro ajeno; nadie puede autodeterminarse ni autolimitarse en los demás. Si esto último fuera posible, dicho sujeto sería lo que son los otros pero no lo que él debe ser.

La tercera razón descansa en que si las facultades de autodeterminación y autolimitación siempre coexisten con el sujeto libre y por ende, con la libertad al ser ejercida, entonces, la misma libertad nos impone la facultad de autonormarnos. Es decir, existe una tercera facultad coexistente con las otras dos, a saber, la normación, propia de los seres que saben que la libertad no es ilimitada.

La cuarta razón se basa en el principio de la existencia individual. En otras palabras, si bien es cierto -como ya lo sostuvimos anteriormente- que el ser humano pertenece a una organización política y social, también lo es que dentro de ambas el ser humano tiene la imperante necesidad de ser él y no otro, ser único, auténtico consigo mismo. O sea, a él le toca y le corresponde -incluso como un deber- preservarse como sujeto libre, desarrollarse ontológica y axiológicamente. Por lo que, al ser la libertad inalienable y por ende el ser humano no puede renunciar a la libertad, esta última tiene el significado de convertirse en el medio con el cual se preserva la existencia individual. Así, desde este enfoque existencialista, la alienación implica una forma de vivir inauténtica; ergo, tenemos la obligación -como seres existentes- de vivir de manera auténtica, es decir, sin renunciar a lo que no nos es nada ajeno, la libertad.

La quinta razón se explica desde un enfoque racionalista, filosófico, pues la alienación también se considera y se identifica como la enajenación en sí. De esta manera, la enajenación convierte a la conciencia en infeliz y por lo tanto se habla de un alma alienada. Lo cual implica que el ser humano -a través de su conciencia- considere a su naturaleza dividida o escindida. Esto último significa que la conciencia se experimenta como separada de la realidad a la cual pertenece. La consecuencia de esa separación se traduce en que surge entonces un sentimiento de desgarramiento y desunión, de alejamiento y desposesión. ¿Qué sucede entonces? Que como consecuencia lógica, la conciencia no puede persistir indefinidamente en el estado de desunión y desgarramiento, por lo que tiene que proceder a una reconciliación, que es una reunión y una apropiación.⁵

Así, si la alineación es enajenación, entonces se entiende porqué el ser humano se siente infeliz si llega a perder su libertad. Su naturaleza se divide de tal forma que pierde la realidad; no sabe cuándo es libre y cuándo no lo es (o no puede serlo). En otras palabras, no puede percatarse del momento oportuno para autodeterminarse y autolimitarse, es decir, desarrollarse; dicho de otra forma, no sabe normarse. Se siente desposeído de su libertad de

⁵ HEGEL, G.W.F. Fenomenología del Espíritu. Traducción de Wenceslao Roces, 7ª. Reimpresión, México, Ed. FCE, 1987, p. 362

ser; se le ha desgarrado su posibilidad de ser auténtico. De esta forma, se da la desunión de él y la libertad, por lo cual deja de ser el titular y el depositario de la misma. Por fortuna, esto no puede -no debe- durar demasiado tiempo pues el ser humano no-libre que ha sido desposeído de su libertad tiende a la reconciliación. Primero con él mismo y después con su libertad; por lo tanto, se reúnen libertad e individuo, este último con la imperiosa necesidad de poseerla, dándose nuevamente la apropiación de lo que le fue desposeído, de su libertad.

De esta forma, se desprende y comprende porqué la libertad no puede alienarse o enajenarse ni por el propio ser humano y menos aún por otro ajeno a él. ¿Quién sería este sujeto ajeno al titular y depositario de la libertad? A saber, la organización política y grupo social. Sin embargo, aclaramos este último punto pues no estamos diciendo que el Estado y sus autoridades no pueden restringir y suspender el ejercicio de la libertad y a la libertad misma. Lo puede hacer pero siempre en aras de un beneficio colectivo y con fundamento en el documento que sirva de apoyo a tal restricción, es decir, la Constitución.

Por lo tanto, al ser la libertad inalienable, es decir, que no puede ser ajena al sujeto libre y que no se puede renunciar a ella, repetimos, al ser la libertad inalienable se convierte en un dique o en una muralla contra las embestidas de la autoridad o de lo que es peor aun, de los órganos autoritarios. Esto quiere decir en término más francos, que nuestra libertad significa e implica una restricción a las actividades que lleva a cabo el Estado y sus autoridades. ¿Por qué esto último? La respuesta es simple aunque no todo lo que implica, a saber, que ni el Estado, ni sus autoridades, ni las organizaciones políticas y sociales son los titulares de la libertad, de nuestra libertad, de la libertad de cada individuo. Tampoco son los depositarios de la misma. Sólo son nuestros administradores y tienen como simple competencia tutelarla y otorgarla (por supuesto, con sus limitaciones constitucionales).

2.2 La garantía de libertad.

Ya ha quedado claro que la libertad es irrenunciable e inalienable. ¿Y esto la convierte en garantía? Nos atrevemos a asegurar que así es. ¿Por qué? Porque le asegura al ser humano su desarrollo, su desenvolvimiento, su felicidad, su ser. Esa es la esencia de la

libertad: su racionalidad; es la idea natural de libertad. ¿Habrá acaso una razón jurídica, una idea positiva de libertad? Por supuesto que sí.

La idea natural de libertad se aplica para el ser humano; la idea positiva de libertad se aplica al gobernado en un estado de derecho. En ambas ideas opera la racionalidad; sin embargo, en la idea positiva de la libertad: “La razón jurídica no es sólo razón de la ley, sino razón del Derecho -ley ciertamente, pero también derechos subjetivos y justicia; y prioritariamente justicia, que al aplicarse al caso en concreto viene a ser equidad o epiqueya. Así que la ley precisa de aplicarse con razón de equidad.”⁶ De lo anterior y a contrario sensu, podemos observar que la razón jurídica no descansa necesaria y únicamente en la ley, puesto que ésta en ocasiones tiende a ser injusta.

Y, si la ley tiende a ser injusta puede ser al mismo tiempo inequitativa. Es justo en estos momentos cuando debe operar la racionalidad o la razón jurídica -tanto en la actuación de la autoridad legislativa como en la judicial- para que esa ley se convierta en justa y sobre todo legítima. En otras palabras, los legisladores deben observar la epiqueya al elaborar leyes para no contravenir a la Constitución Federal; y los juzgadores están obligados, para el caso de que se elabore una ley injusta, a aplicar su racionalidad jurídica, es decir, la epiqueya y hacer esa ley menos injusta; y con mayor razón cuando la misma ley sea limitante de los derechos públicos subjetivos o incluso garantías, como lo es la libertad jurídica.

Aunque, a pesar de lo argumentado anteriormente, se podría contraargumentar, precisamente cuestionando si la libertad jurídica es para todos y en la misma medida. La respuesta por nuestra parte es no, definitivamente no. La misma Carta Magna lo prohíbe. Verbigracia, en el primer párrafo del artículo 8vo., en donde claramente señala que los extranjeros no pueden ejercer el derecho de petición en materia política; sólo los ciudadanos mexicanos. ¿Acaso en este supuesto se habla de la epiqueya? Efectivamente,

⁶ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. Derecho Alternativo y Crítica Jurídica, México, Ed. Porrúa, 2002 p. 105

pues se trata igual a los nacionales pero desigual en relación con los extranjeros, dado que ambos no son iguales en materia política nacional.

Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 1ro. del mismo ordenamiento, al señalar claramente en el párrafo segundo que los esclavos extranjeros al entrar al territorio nacional, por ese solo hecho alcanzarán de inmediato su libertad. En este caso, la epiqueya se aplica y hace que todos los seres humanos -nacionales o extranjeros- sean iguales y libres en los Estados Unidos Mexicanos. En otras palabras, como se puede desprender de estas líneas, se trata de dar a cada quien lo suyo. Y lo que es de suyo al ser humano es la libertad natural; mientras que lo que es del gobernado es la libertad jurídica.

Y, en concreto, esto es lo que debe privar en un estado de derecho. Es en éste donde se deber proporcionar a cada quien lo que le corresponde, sea para su formación total, para su desenvolvimiento social, pero también para restituirlo en caso de que se le haya despojado de su dignidad humana (en el caso del esclavo, por ejemplo). Y quien lo debe hacer es ese ente abstracto llamado Estado, sí, pero a través de sus gobernantes, de sus autoridades, tanto legislativas como judiciales, principalmente. Lo anterior es en parte la razón jurídica de la idea positiva de libertad pues: “El Estado de Derecho que pretenda también ser justo; es decir actuar con justicia; llevar a la realidad el ideal de la justicia de dar a cada quien lo suyo; de darle lo que le corresponde, que no es otra cosa que el pleno reconocimiento y respeto de su dignidad humana; requiere cumplir una función compensadora y reparatoria...”⁷

Pero, ¿por qué es tan importante el estado de derecho y por qué el Estado debe preservar aquél? Los que saben afirman que: “Originalmente el Estado de Derecho fue concebido como el Estado sometido al Derecho. El Estado cuyo ejercicio de poder está regulado y limitado por la ley; el Estado donde existe el imperio de la ley; el Estado con controles y regulaciones para gobernantes y gobernados claramente señaladas en la ley positiva.”⁸ Criterio muy acertado pero, sin embargo, por nuestra parte argumentamos lo siguiente. No

⁷ CASTELLANOS GOUT, Milton Emilio. Del estado de Derecho al estado de Justicia, México, Ed. Porrúa, 2004 p. 59

⁸ Ibidem. p. 45

siempre ha existido el Estado ni tampoco el Derecho positivo. En todo caso, lo que sí ha existido anteriormente a ambos es el ser humano y... sus libertades.

Por lo tanto, al surgir el Estado, éste tenía que someterse no sólo al imperio de la ley sino al Derecho mismo. Y lo que la ley y el Derecho recogieron son las libertades del ser humano y las convirtieron en garantías; no crearon esas libertades ni mucho menos las otorgaron generosamente. Aún más, las plasmaron en documentos llamados constituciones y en éstas últimas se consagraron como garantías, por lo que la libertad natural del individuo se convirtió en libertad positiva y también en garantía de libertad.

No obstante lo anterior, como todo, la idea del estado de derecho ha evolucionado no permaneciendo estática, pues no se debe permanecer en el arcaísmo jurídico pensando que todo es Derecho o que el Derecho es todo. Esto es una concepción panteísta del Derecho. ¿Qué debe suceder entonces? Nada nuevo ni fenomenal; simple: tener una visión más universal y humana pero sobre todo, axiológica del Derecho. Sí, no resulta sencillo pues debe haber "...un rompimiento epistemológico y, consecuentemente, un distanciamiento ideológico, de una concepción monista del Derecho, unívoca, que reduce el fenómeno jurídico a la ley y que arrastra un modo de administrar justicia que es, en realidad, administrar la ley con criterios excesivamente formales."⁹

Por lo tanto, no debe creerse que el estado de derecho sea y se da solamente porque el Estado se somete al Derecho, ni menos aún porque el Estado someta al individuo privándole de sus bienes más preciados y apremiantes (como lo es la libertad). Lo único que se generaría así sería la rebeldía del no-libre para ser libre. Aclaremos, no estamos abogando por la anarquía ni mucho menos, dado que pensamos que efectivamente debe existir el Estado -pero sometiéndose al Derecho y al imperio de la ley. Incluso, también estamos de acuerdo en que el Estado someta al individuo cuando éste no se someta al Derecho y cause daños a terceros en la sociedad a la que pertenece.

⁹ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *Opus cit.*, p. 87

¿Entonces qué queremos? Lo que deseamos es que las libertades propias del individuo y consagradas en la Constitución Federal no se restrinjan y coarten indebidamente por el Estado y sólo para el bienestar de éste como sucede en la actualidad. En concreto, estamos en desacuerdo en que los legisladores que son autoridad -y que son al mismo tiempo políticos y gobernantes en la gran mayoría de las veces- no sólo velen por su bienestar cupular, actuando de una manera despreciable. Ergo, para hablar de un nuevo estado de derecho, debe someterse “...el ejercicio del poder político al orden jurídico; con el fin primordial de preservar el respeto a la dignidad de la persona humana y sus Derechos Fundamentales.”¹⁰

Por ello, como consecuencia de lo anterior, actualmente se señalan por la doctrina que los nuevos elementos esenciales del estado de derecho -y que conciernen e involucran a los tres poderes- son:

- 1) Generalidad, igualdad y certeza de la ley;
- 2) Límites a la discrecionalidad en el ejercicio de la autoridad administrativa;
- 3) Garantía y protección de los Derechos Humanos Fundamentales.¹¹

Siendo uno de esos *Derechos Humanos Fundamentales* la libertad y, en concreto, la libertad del trabajo y la libertad de expresión de las ideas, ambas resguardadas y consagradas en nuestra Constitución como garantías.

Como se observa de lo señalado, no se puede ni se debe dejar en manos de la autoridad administrativa -que hace el papel de inquisidora- ni de la autoridad legislativa -que supuestamente obedece al pueblo- la creación del estado de derecho. Menos aun servir de cómplice silencioso de los legisladores -que en un tiempo son legisladores y en otro autoridad administrativa, es decir, son los mismos inquisidores sólo que en diverso tiempo y espacio-, al aceptar que coarten nuestra libertad con las leyes que crean y que en su nuevo papel de autoridad administrativa aplican.

¹⁰ CASTELLANOS GOUT, Milton Emilio. Opus cit., p. 45

¹¹ Ibidem. p. 49

Por nuestra parte, no debemos permitir que: “...los llamados principios generales del Derecho inspirados por la equidad, la prudencia y el sentido común -por la razón y la justicia- son dejados de lado, olvidados, por el principio absoluto de la voluntad omnipotente del legislador.”¹² Tenemos como obligación moral, ética y axiológica defender lo que es nuestro, o sea, nuestras libertades y oponernos en lo necesario a esa voluntad omnipotente del “legislador”.

Y hablamos de una obligación dado que es una cuestión deontológica concreta, real, fáctica y racional, pues no podemos perder de vista que la libertad y el ejercicio de la misma ha costado vidas. No debemos permitir por ende, que unos cuantos sujetos nos priven de lo más elemental para la subsistencia del ser humano, a saber, de nuestros valores, pues como ya lo hemos señalado líneas arriba, la libertad es un valor, de los más caros. Por ello se sostiene que, para que exista una “...ética de la justicia deontológica, sólo puede tener “facticidad a priori” si parten de la concreción histórica de la tradición y los fines comunitarios; sin lo cual pierde todo contenido motivacional y se ve reducida a un “deber” abstracto, propio del Estado de Poder, más que de el Estado de Derecho.”¹³

Así, insistimos, nuestro deber no debe quedarse en la abstracción sino debe darse en la concreción y no ser entonces sujetos sumisos al servicio de un “estado de poder” sino más bien a un estado de derecho. Por lo tanto, no debe prevalecer la voluntad del legislador común sino la voluntad del ser humano a través del Constituyente originario. Menos aun si se trata del ejecutor de la ley, es decir, de la autoridad administrativa. Por ello: “El énfasis está puesto en construir “un aparato estatal que sirva a los ciudadanos, y no más ciudadanos que estén al servicio del aparato del Estado”. Nadie duda que para lograr esto antes debe clarificarse la deontología -deberes y moralidad- del conjunto de las instituciones a través de las cuales el Estado se personifica: el gobierno y su brazo ejecutivo, la administración pública.”¹⁴

¹² DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. Opus cit., p. 91

¹³ CASTELLANOS GOUT, Milton Emilio. Opus cit., p. 120

¹⁴ Ibidem. p. 144

Ahora bien, se puede argumentar en nuestra contra que, de cualquier modo la norma jurídica emanada del Congreso de la Unión debe ser obedecida por todos a los que va dirigida e inciden en el supuesto señalado en la misma. Aún más, que si dicha norma fue creada como lo estatuye la propia Constitución, no existe razón para no acatarla. Sin embargo, respondemos a ello que no es así necesariamente. En otras palabras, una norma emanada del Congreso y conforme a la Constitución sin duda es legal, pero eso no significa que sea legítima ni equitativa, es decir, justa.

Aceptamos que esa norma legal sí es obedecida, pero más por presión política y de poder que por legitimidad. Es decir, es acatada más por miedo a la sanción represiva del Estado que por aceptación y convicción del gobernado. Ya la doctrina se ha pronunciado en este sentido cuando afirma: “Que una norma jurídica sea obedecida, no quiere decir que sea justa; sino sólo que ha sido creada por un órgano competente para imponerla porque cuenta con la fuerza para obligar su cumplimiento; aunque no se ajuste a las convicciones morales de la mayoría de los ciudadanos.”¹⁵

En realidad lo que sucede es que, debido al legislador y a su brazo ejecutor -la autoridad administrativa- la ciencia jurídica se ha envilecido pues se practica la univocidad del Derecho, lo que trae como consecuencia el absolutismo jurídico, reduciéndose la esencia del Derecho sólo a la ley.¹⁶

Y en materia de libertades y, en concreto de la libertad del trabajo y de la libre manifestación de las ideas, no debemos someternos a la ley jurídica sino a la justicia; tampoco a la voluntad del legislador ni permitir que este último envilezca más a la ciencia jurídica. Menos aún debemos dejar que la autoridad administrativa, en complicidad con el legislador, se comporte de manera inquisidora y prohíba o sancione la manifestación de nuestras ideas, informaciones y consideraciones. Pero, aclaramos, nuestra oposición no es debido a que no queremos acatar la ley secundaria sino que preferimos acatar la Constitución Federal.

¹⁵ Ibidem, p. 123

¹⁶ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. Opus cit., p. 90

Y la razón de lo anterior descansa en el hecho de que, en primer lugar, la Constitución es superior a la ley secundaria. En segundo lugar, porque es la Constitución la que contiene las garantías. En tercer lugar, porque la libertad es una garantía. Y lo es dado que la libertad es una prerrogativa fundamental que debe poseer el ser humano para su íntegro desarrollo como individuo, persona, societario, y además como gobernado.

Por otra parte, como ya ha quedado descrito anteriormente, la garantía es la medida en que la Constitución protege a los derechos humanos; por lo que, al ser la libertad un derecho humano, debe ser considerado como garantía para que así, sea protegido por la Carta Magna. De esta manera, si necesariamente debemos tener una relación con el Estado como gobernados, y esa relación tiene que ser normativa y de índole jurídica, entonces, esa relación debe ser recíprocamente justa y legítima. Justa porque nos da lo que merecemos conforme a nuestros méritos; legítima dado que aceptamos dicha relación con base en una ley que hemos aceptado como justa y equitativa, tomando en cuenta la totalidad de lo que nos rodea, es decir, del Mundo y nuestro papel en él, como seres pensantes, racionales y libres.

2.2.1 Su carácter de irrenunciable

Iniciamos este tema señalando la necesidad de esclarecer que no se puede hablar en el mismo sentido del carácter de irrenunciable de la libertad y de la garantía de libertad. Así, ya quedó claro en el apartado 2.1.1 el carácter irrenunciable de la libertad. Toca ahora hablar de la irrenunciabilidad de la garantía de libertad, haciéndolo desde el punto de vista jurídico o positivo y, por ende, con base en las siguientes razones jurídicas.

La primera razón se basa en que la idea natural de libertad se aplica en y para el ser humano como tal; pero también existe la idea positiva de libertad, la idea jurídica, la que se aplica al gobernado en un estado de derecho. No obstante ello, y a pesar de que en ambas ideas opera la racionalidad, es en la idea positiva de la libertad en donde se habla de una razón jurídica, la cual no sólo es razón de la ley, sino incluso razón del Derecho. Pero, como Derecho que es, necesariamente se hace alusión tanto a los derechos subjetivos como a la

justicia. Sin embargo, en el Derecho positivo se habla de garantías, de garantías individuales.

De esta forma, la segunda razón descansa en el hecho de ser la garantía una medida de salvaguarda de índole jurídica. Como hemos señalado en su oportunidad, la garantía individual es la medida en que la propia Constitución protege a los derechos humanos y, al ser la libertad un derecho humano, como consecuencia debe ser considerada una garantía individual para que así sea protegida por la Carta Magna. Lo anterior es así dado que la Constitución no habla de derechos humanos sino de garantías individuales.

Como consecuencia, la tercera razón radica en señalar que la misma garantía individual y en concreto la garantía individual de libertad se traducen en relaciones jurídicas. Dichas relaciones jurídicas se dan entre el gobernado por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata, por el otro. Ahora bien, si necesariamente debe darse dicha relación, ésta tiene que ser normativa y de índole jurídica. Lo cual significa que la relación debe ser recíprocamente justa y legítima. Justa porque nos garantiza la libertad que merecemos conforme a nuestros méritos; legítima dado que aceptamos dicha relación con base en una ley que hemos aceptado como justa y equitativa.

La cuarta razón exige que la ley que hemos aceptado como justa y equitativa en realidad lo sea. No puede el gobernado renunciar a esa exigencia, pues no puede ser libre si tiene temor a exigir. Lo anterior debe ser así dado que si la ley es injusta es por ende inequitativa. Nuestra garantía debe prevalecer y entonces es cuando la racionalidad o la razón jurídica opera, logrando que los legisladores elaboren leyes que no contravengan nuestras garantías individuales o incluso, que los juzgadores apliquen su racionalidad jurídica apoyada en la equidad y declaren esa ley contraria a la Constitución por violar garantías del individuo.

La quinta razón surge de las dos anteriores y se traduce en que la relación a que se hace mención nace conforme al Derecho positivo; relación que se da entre el sujeto gobernado y el ente gobernante. Pero, al ser así, el gobernado está en franca subordinación respecto del

ente gobernante. En realidad así es, pero no cuando se habla de la garantía, dado que en tratándose de ésta se invierten los papeles y la relación se trastoca. Así, el gobernado está en un plano de supraordinación en referencia con el ente gobernante, convirtiéndose este último en un sujeto pasivo y el primero en un sujeto activo, dado que va a hacer valer su garantía individual de libertad. Por lo que es absurdo que un gobernado renuncie a la defensa real que tiene frente a la actuación del ente gobernante.

La sexta razón surge del hecho de que la mencionada relación tiene su fundamento en un documento demasiado importante. La importancia radica en que la relación que se da entre ambos sujetos no sea como ellos lo desean, no. Dicha relación se da porque así lo establece el documento a que se hace referencia; en él se establece cómo debe darse la relación y las partes están obligadas a respetar, tanto al documento como a la misma relación. Es la Constitución el documento del que hablamos y, como sabemos, es la Norma Suprema que está por encima de los poderes del Estado y por ende, protege los derechos fundamentales de las personas. De esta manera, el gobernado no puede renunciar a la protección que le brinda la Constitución.

Por último, la séptima razón reside en que, conforme a todas las razones anteriores, se habla del Derecho positivo y éste debe tutelar al derecho humano que llamamos libertad. En otras palabras, protegerlo de los ataques del Estado y de sus órganos de gobierno y otorgarlo al gobernado -conforme a los méritos de éste- que se haya ganado disfrutar de ese derecho humano, de ese derecho fundamental, consagrado en la Constitución como una garantía individual. El ser humano, como individuo gobernado y protegido por la Constitución, no puede renunciar a esa garantía.

2.2.2 Su carácter de inalienable

En el apartado 2.1.2, señalamos que el término *alienable* significa lo que es capaz de ser vendido. *Inalienable* significa -por el prefijo *in* (negación)- lo que no es susceptible de ser vendido. Así, por lo que respecta al presente apartado argumentaremos porqué la garantía de libertad no puede ser alienable y sí debe ser inalienable.

Es del conocimiento general que *garantía* tiene diversas concepciones tales como: asegurar, aseguramiento, proteger, defender, salvaguarda, defensa, etc. Pero, con cualquiera de dichas acepciones podemos entender que es algo benéfico que proporciona seguridad y protección. Sin embargo, no debemos pasar por alto que dicho término tiene un uso predominantemente positivo, es decir, que se usa principalmente en el Derecho y para el orden jurídico. Como consecuencia señalaremos las razones por las que la garantía de libertad no puede ser inalienable, es decir, no podemos ni debemos deshacernos de ella.

La primera de las razones: como gobernados y colocándonos por ende, en un plano de subordinación respecto del Estado y sus autoridades, estamos sumamente expuestos a la actuación de dichas autoridades; actuación que en muchas ocasiones será arbitraria y autoritaria.

Si esto último fuera el caso, entonces, como gobernados podemos invocar la protección constitucional y, dentro de la Constitución se encuentran las garantías individuales, las que son protegidas y salvaguardadas por dicho ordenamiento. Aún más, revierte los papeles y, de subordinados y sujetos pasivos ante el ente gobernante, nos convertimos en sujetos activos y el Estado se convierte en sujeto pasivo.

La segunda razón: si vivimos en un estado de derecho, como consecuencia, deben existir seguridades y protecciones a favor del gobernado, de la persona o del individuo -como quiera denominarse. Por lo tanto, los órganos gobernantes deben sujetar sus actuaciones a lo que se dispone en ese estado de derecho.

La tercera razón: el mismo Estado y sus autoridades -para respetar la Constitución, las garantías individuales y en particular, la que nos interesa para nuestro estudio, la de libertad- deberán limitar y ajustar su actuación a lo que dispone el ordenamiento citado y las propias garantías. Y ni el gobernado puede renunciar a dicha limitación de la actuación de las autoridades ni éstas pueden oponerse a ello.

La cuarta razón: necesariamente existe la relación jurídica entre el gobernado y el ente gobernante. No obstante ello y aunque se da en un nivel de subordinación y supraordinación respectivamente, no significa que el ente gobernante pueda actuar arbitrariamente pues, dada la naturaleza de dicha relación -jurídica y de Derecho Público- la actuación de las autoridades muestra limitaciones que se revelan y traducen en las diversas garantías individuales. En concreto en la libertad de garantía.

2.3. Artículo 5to. constitucional

Para hablar del contenido del artículo 5to. constitucional y brindar una adecuada interpretación del mismo, creemos necesario entonces que primero manejemos en qué consiste la interpretación de la Constitución y señalar qué se persigue con dicha exégesis.

Así, de esta manera, argumentamos que por nuestra parte no pretendemos descubrir lo que señala la Carta Magna en materia de libertades para el individuo y la forma en que deben ejercerla. Lo anterior ya ha sido llevado a cabo por los mejores estudiosos del país en materia constitucional. Lo que deseamos aportar nosotros es recordar a los gobernantes y en concreto al Poder Legislativo, que la Constitución consagra esas libertades y que ninguna autoridad puede coartar su ejercicio ni mucho menos eliminarlas sin el respaldo de dicho ordenamiento jurídico fundamental.

Por tal razón, hay quienes sostienen que: “La finalidad última de la interpretación constitucional debe ser proteger y defender lo más valioso que existe para cualquier hombre: su libertad y dignidad.”¹⁷ Así, conforme a esta aseveración, la interpretación que se hace de la Constitución no es para enterarse qué contiene la misma, sino para saber cómo defender lo que contiene. Y lo que consagra la Carta Magna es la libertad y la dignidad que hace al ser humano tal.

Aún más, se sostiene por algunos estudiosos en la materia que la hermenéutica no pretende “descubrir” significados de algo que ya está ahí pero que hay que encontrar; lo que se pretende con la hermeneusis es conjeturar significaciones, extraer interpretaciones y

¹⁷ CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 61

estimarlas, así como compararlas con otras determinaciones. Incluso, conjeturar interpretaciones es una manera de ser cada vez más finos, es decir, tratar de “cosas profundas de manera profunda.”¹⁸ Ahora bien, relacionando ambas posturas doctrinarias, ¿qué significa entonces que la tarea de la hermenéutica constitucional es conjeturar? ¿Qué conjetura?

Bien. Etimológicamente conjeturar significa *echar, andar*, y a partir del siglo XV: *sospecha o presunción*. Así, si con la interpretación no se descubre lo que ya está ahí sino que se pretende en realidad conocerlo, entonces se deduce que es más importante el conocimiento que la misma existencia del objeto. Pero, es en esto último donde en realidad radica la importancia del conocimiento, pues es un conocimiento que se llega a él por medio de la alteridad. Es decir, existe el objeto (la cosa como tal) y, al conocerlo, nos remite a otra verdad que está fuera del mismo objeto (o de la cosa); por lo tanto, ya no sólo se conoce al objeto y a su verdad sino también a otro objeto y a otra verdad (de este nuevo objeto), pues se echó a andar el conocimiento y con éste se llegó a otro, dado que se sospecha o se tiene la presunción de que no sólo existe el objeto como tal y se agota con su verdad, sino que con la alteridad de su existencia, necesariamente existe otro objeto y otra verdad que se encuentran íntimamente unidos y unidas. Por lo tanto, se deben estimar, valorar ambas existencias y sus verdades para elaborar otras nuevas determinaciones, o sea, otros conocimientos y, como consecuencia, otras verdades.

Pero, y conforme a nuestro tema de estudio, ¿qué significa lo anterior? En palabras simples, significa que ya sabemos que en la Constitución está contenida la libertad como una garantía. Esto lo sabemos con una lectura. Sin embargo, ahora hay que interpretar, utilizar ya sea la hermenéutica o la exégesis para comprender qué implica que exista la libertad como garantía en la Constitución. Esto es la alteridad.

Es decir, estamos ciertos de que existe una garantía individual llamada libertad y que en nuestro caso se trata de la libertad del trabajo y de la libre manifestación de nuestras ideas. Esto es su existencia y su verdad. Sin embargo, no tenemos otros conocimientos ni

¹⁸ ALCALA CAMPOS, Raúl. Hermenéutica. Teoría e interpretación, México, Ed. Plaza y Valdés, 2002, p. 17

sabemos de la existencia de otros objetos y de sus verdades acerca de que exista la libertad de elegir el trabajo o manifestar libremente nuestras ideas. Luego, toca, con la alteridad, descubrir, relacionar y determinar, o sea, conjeturar. De esta forma, no es tan importante lo que ya sabemos sino acaso más lo que no sabemos, lo que ignoramos, pero, para saberlo por supuesto.

Debemos aclarar por lo tanto, que no utilizaremos la interpretación llamada auténtica ni la administrativa, sino que nos basaremos -como lo hemos hecho hasta ahora- en las interpretaciones doctrinal y judicial, dado que, como se ha sostenido precisamente por la doctrina: "...la interpretación -especialmente si se realiza por un órgano de aplicación del derecho- es un acto de voluntad o decisión: es una atribución (o adscripción) de un significado a un texto. Otras veces la interpretación -si se realiza, supongamos, por un (...) jurista completamente "desinteresado"- es más bien un acto de conocimiento: es el descubrimiento (o descripción) de los significados de un texto."¹⁹

En otras palabras, si la interpretación la realizara el Poder Legislativo o el Ejecutivo no sería una labor verdaderamente exegética ni mucho menos conjetura; simplemente decidirían y aplicarían la ley, respectivamente. Pero no brindarían más conocimiento ni otras verdades que no fueran las suyas. En cambio, el Poder Judicial y aún más la doctrina sí llevarían a cabo una verdadera interpretación al actuar como juristas verdaderamente desinteresados; no llevarían sólo un acto de decisión ni de aplicación, sino de verdadero conocimiento, descubriendo o describiendo el significado del texto que estudian.

Ahora bien, lo anterior no significa que pueden llevar a cabo la interpretación como mejor les parezca, no. La razón consiste en que "...la Constitución es la norma suprema, la base y unidad de todo el orden jurídico, en donde se encuentran los derechos humanos individuales y sociales; la creación, forma, competencia y limitación de los órganos de gobierno. Es decir, la Constitución contiene los principios esenciales del orden jurídico."²⁰ Y un derecho humano que se encuentra en la Constitución es la libertad.

¹⁹ GUASTINI, Ricardo. Estudios sobre la Interpretación Jurídica, Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 5ª. ed., México, Ed. UNAM - Porrúa, 2003, p. 113

²⁰ CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 59

De lo anterior se desprende que la Constitución, jurídicamente, es el documento que existe y que da existencia a otros ordenamientos; que de su verdad se deben desprender otras verdades en esos otros ordenamientos, que son de menor jerarquía. Y si los órganos de gobierno deben respetar los ordenamientos de menor jerarquía, ergo, están más obligados a respetar la Constitución. Sin embargo, reconocemos que este último argumento no es nuestro pues es la misma Constitución la que lo señala y así, aunque esta última “...como toda norma jurídica, puede ser interpretada de acuerdo con los principios con que se interpretan los preceptos de las otras ramas jurídicas; sin embargo, las normas constitucionales no son iguales que cualquier otra norma, ya que nuestro artículo 133 constitucional señala con precisión la jerarquía del orden jurídico mexicano en donde la Constitución ocupa el primer lugar, la categoría más alta, la supremacía.”²¹

Y si -como anteriormente hemos sostenido- con la interpretación se debe conjeturar y tratar cosas profundas de manera profunda, entonces, conforme al artículo constitucional en cita, no sólo resulta que es superior la Constitución, sino que además cualquier otra norma es inferior jerárquicamente, por lo que no debe contravenirla pues: “La Constitución trata de armonizar la estructura política de la comunidad. (...) la interpretación política de la ley fundamental tiene que ser en forma muy cuidadosa, porque ella bien puede caer en violaciones a la norma de normas, en actos y resoluciones anticonstitucionales, lo que reviste importancia porque bajo el pretexto de la interpretación o del espíritu de la Constitución se realizan las infracciones a la propia ley fundamental.”²²

Así, no sabemos con certeza si nuestros legisladores realicen una interpretación meticulosa y cuidadosa de nuestra Carta Magna (se supone que sí). Lo que sí sabemos es que no conjeturan, no tratan de cosas profundas con la debida profundidad y por lo tanto, elaboran normas secundarias que violan abiertamente a la Constitución y en concreto a sus garantías en ella consagradas. El ejemplo lo tenemos en el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, con el cual contravienen los artículos 5to y 6to constitucionales y, por ende, las garantías de escoger libremente el trabajo que sea lícito y la libre manifestaciones de

²¹ Idem.

²² Ibidem. p. 74

nuestras ideas al brindar una consulta o una asesoría como profesionistas en materia tributaria.

Tal vez por eso la doctrina sostiene que debe rechazarse la interpretación literal de la Constitución y de los principios contenidos en ella. Así, si se interpretara al pie de la letra la primera y los segundos, ambos se convertirían en inutilizables para la aplicación del Derecho.²³ ¿La razón? Con una interpretación literal se les privaría de todo contenido prescriptivo y sólo se les daría un utilización descriptiva.

En otras palabras, creemos que los legisladores no toman en cuenta el todo -la Constitución- y todo lo que implica una garantía -la libertad-. Cuestiones no sólo políticas, económicas y jurídicas (desde luego), sino que también deben poner atención a la ética, a la moral, a la honestidad y lealtad con que debe actuar y desarrollarse un profesionista. El legislador está obligado a tener conocimiento de todo ello y de todo el contenido de la Constitución.

Y al tomar en cuenta el legislador todo el contenido de la Constitución al elaborar leyes secundarias a aquélla, entonces interpretará y recordará lo que señalan los artículos 133 y el 128. No puede ser de otra forma pues, como ya ha sido sostenido, el Poder Legislativo en su labor de hacer las leyes debe interpretar la Constitución, examinando si ese proyecto no viola la ley fundamental. Esto último, por mera deducción lógica del principio de supremacía constitucional asentado en el artículo 133 de la Carta Magna, así como del 128 que señala que todo funcionario público debe prestar la protesta de guardar la Constitución.²⁴ En otros términos, la Carta Magna es suprema respecto de todo otro ordenamiento y los legisladores deben ser los primeros y principales obligados a guardarla. Como resultado de lo anterior, el legislador tiene que ser visionario dado que debe prever cuál será el resultado de elaborar una ley que posteriormente será aplicada por el Ejecutivo. No debe dejarlo a la imaginación ni mucho menos ignorarlo. ¿Cuáles deben ser los alcances de la ley creada por el legislador? ¿Será aceptada por el gobernado al ser justa y legítima o

²³ GUASTINI, Ricardo. Opus cit., p. 121

²⁴ CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, pp. 62 - 63

sólo será una ley más por haber sido elaborada conforme al procedimiento para hacer una ley? ¿Qué relación guarda dicha ley con la Norma Fundamental? ¿Qué relación guarda con otros ordenamientos de igual jerarquía? Son interrogantes inquietantes que el legislador no sólo debe hacerse sino, principalmente, responderse sí, pero antes de elaborar la ley.

Pensamos -y deseamos estar equivocados- que el legislador no sólo no se hace tales cuestionamientos, sino que ni siquiera tiene un enfoque o una dirección jurídica de las situaciones y hechos para crear normas jurídicas; más bien tiene únicamente una pobre visión política de las situaciones y hechos y por ende, sólo elabora normas políticas pero no jurídicas, menos aún legítimas.

¿Podrá haber entonces alguna interpretación que pueda ser útil para elaborar leyes secundarias que no contravengan a la Constitución? Según la doctrina sí. ¿Incluso alguna interpretación de la misma Constitución que sea útil para nuestro tema de estudio, a saber, la libertad? Según la doctrina sí. “La interpretación liberal de la Constitución. Puede imaginarse una doctrina liberal de la interpretación constitucional, en virtud de la cual la Constitución debe ser interpretada de modo tal que circunscribe, tanto como sea posible, el poder estatal y que extiendan, tanto como sea posible, los derechos de libertad.”²⁵

Trataremos por ende, por nuestra parte, de llevar a cabo una interpretación liberal de la Constitución, tanto de sus artículos 5to y 6to, pero también -en el capítulo tercero de este trabajo de investigación- del Código Fiscal de la Federación en su artículo 89. Así, iniciamos transcribiendo únicamente el primer párrafo del artículo 5to constitucional por ser el que tiene realmente relación con nuestro tema de investigación y, por ende, trascendencia.

“Artículo 5º. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.”

²⁵ GUASTINI, Ricardo. Opus cit., pp. 120 - 121

2.3.1 El trabajo como formación individual

El artículo constitucional en cita inicia estableciendo claramente una prohibición para el Estado y sus órganos de gobierno, a saber: que no se puede impedir a persona alguna dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que mejor le acomode. La condición es que cualquiera de dichas actividades que escoja la persona, sea lícita. Así, de esta forma se consagra la libertad de escoger alguna o algunas de las actividades mencionadas, lo que se conoce mejor como la libertad del trabajo.

Pero, esa libertad -como lo hemos sostenido reiteradamente- debe ser protegida contra los actos autoritarios de las diversas autoridades del Estado. Por lo tanto, conforme a la Constitución, se habla de la garantía de la libertad del trabajo. Así, si la prohibición de impedir es para el Estado y sus órganos, ergo, ¿para quién es la libertad de escoger? ¿A quién protege la garantía individual? Y, sobre todo, ¿cuál es la teleología de tener la libertad de escoger un trabajo?

Bien. Cuando el artículo en estudio hace mención al término *persona*, necesariamente debemos entender -realizando una interpretación sistemática- que se refiere por ende también al particular, que en consecuencia y conforme a la misma Constitución es el gobernado. Por lo tanto, se concluye que: “De la disposición contenida en la primera parte del artículo 5 constitucional, en relación con el artículo primero de la Ley Fundamental, se infiere que la libertad de trabajo se hace extensiva a todo gobernado, a todo habitante de la República, independientemente de su condición particular...”²⁶ Queda contestada la primera interrogante.

Continuamos diciendo que dicha libertad es esencial en cuanto a la formación de cada individuo, lo cual implica que a cada individuo le compete ejercer la libertad del trabajo y así buscar su propia formación. Esto que parece simple es demasiado importante pero también complicado pues, existen limitaciones para ejercer con plenitud dicha libertad. Sin embargo, debemos ejercerla dado que la “libertad de trabajo es una de las garantías que más

²⁶ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 313

contribuyen a la realización de la felicidad humana, que es, según afirmamos, en lo que se resuelve toda la teleología del hombre dentro de un terreno de normalidad.”²⁷

Por lo tanto y con base en lo anterior, si bien es cierto que toca al individuo ejercer el derecho de escoger su actividad, o sea, ejercer su libertad de escoger, también lo es que es una obligación hacerlo. Lo anterior, porque ya hemos argumentado que el individuo no puede renunciar a su libertad ni puede delegarla, menos aún dejarle ni el derecho ni la obligación a otro. Esto sería un absurdo. Sin embargo, se sostiene por la doctrina que una cosa es la libertad de elegir y que otra es la ocupación elegida y que, lo que realmente se protege es la ocupación: “Lo que corresponde a la libertad del individuo, lo que libremente puede elegir, es concretamente: la ocupación a que dedicará su actividad. Y lo que garantiza la Constitución es que -hecha esa elección-, no se aceptarán impedimentos o cortapisas del poder público para que el elector lleve a cabo sus personalísimos propósitos, si éstos no son ilícitos.”²⁸

En otras palabras y según lo argumentado, cabe distinguir que podemos escoger una actividad, una ocupación, la que más nos acomode. Esto se traduce en el ejercicio de la libertad de escoger el trabajo. Pero, una vez hecho lo anterior, es decir, una vez que se escogió la ocupación, opera la protección de la Constitución pero únicamente respecto de la ocupación, o sea, que el individuo lleve a cabo su ocupación y que no sea impedido por el Estado a ello. Por nuestra parte, creemos que la garantía opera tanto para proteger el ejercicio de la libertad y a la libertad misma, como para proteger de la misma manera a la actividad u ocupación pues, al oponerse el Estado a que una persona desempeñe una ocupación, no le restringe necesariamente de la ocupación sino de la libertad de llevarla a cabo y, por ende, de su libertad de haber escogido tal ocupación.

Así, cuando la persona o gobernado ha escogido una actividad u ocupación que le acomoda siendo lícita y no se le permite por parte del Estado su desempeño, o cuando se le permite escoger su actividad pero se le impone como llevarla a cabo o, lo que es peor aun, cuando

²⁷ Ibidem, p. 311

²⁸ CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 94

no se le permite escoger una actividad y el Estado le impone determinada ocupación contraviniendo la Constitución, como resultado de todo ello se le niega el ejercicio de la libertad y, por ende, se viola en su perjuicio no tanto su ocupación sino la libertad misma y la garantía de libertad del trabajo. Esto es una consecuencia jurídica; sin embargo, también existen otros resultados, tales como los sociológicos y los psicológicos.

De esta manera se demuestra la importancia y trascendencia de la libertad del trabajo pues ya se ha señalado que, como garantía individual, es una de las que más contribuyen a la realización de la felicidad humana. ¿Es importante la felicidad del individuo? ¿El Estado debe contribuir a dicha felicidad, debe garantizarla? La respuesta para ambas preguntas es que sí. Y, ¿cómo puede contribuir el Estado a la felicidad de la persona? No coartando su libertad; no impidiendo su ejercicio; no imponiéndole un trabajo contraviniendo con ello a la Constitución, pues: “Cuando al hombre le sea impuesta una actividad que no se adecue a la teleología que ha seleccionado, no sólo se le imposibilita para ser feliz, para desenvolver su propia personalidad, sino que se le convierte en un ser abyecto y desgraciado.”²⁹

Debemos aclarar por cierto que el Estado sí puede -y debe- limitar la libertad del trabajo cuando sea necesario; podría ser cuando la actividad u ocupación que escoja el gobernado no sea lícita. Lo puede hacer sí, pero: “...el legislador debe de actuar razonablemente cuando decide limitar la libertad de trabajo, y no puede hacerlo estableciendo requisitos no razonables para desempeñar una actividad lícita.”³⁰

Para terminar, contestamos la tercera y última interrogante que planteamos en el párrafo segundo de este mismo apartado, a saber, ¿cuál es la teleología de tener la libertad de escoger un trabajo? La posibilidad de que la persona, que al mismo tiempo es el gobernado, se autogobierne, decidiendo qué trabajo desarrollar pues, independientemente de que sea feliz, también realizará esa actividad de manera más profesional y honesta, dado que si la ocupación es lícita, no tendrá porque ocultarse.

²⁹ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 311

³⁰ CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 360

2.3.2. La Libertad de elegir el trabajo lícito

Si como afirmamos, la libertad es un derecho humano, entonces, la libertad de elegir el trabajo que sea lícito es sin duda el ejercicio de ese derecho humano, es decir, de la libertad de elegir, no precisamente el trabajo y menos aun de la licitud, sino sólo la de elegir. Pero en este caso, quien tiene la libertad de elegir es la persona que desea dedicarse a una profesión o trabajo. Así, con el único hecho de elegir hace valer su derecho humano de la libertad, pues tiene la facultad, la prerrogativa de tomar una decisión, no sólo de índole laboral sino también económica, social y cultural que en conjunto lo hacen sentirse en verdad un ser humano, pero en un sentido no sólo individual sino también colectivo.

Por lo tanto, la persona que tiene la libertad de elegir tiene por tanto la posibilidad de autodeterminación, la posibilidad de elección pero voluntariamente; ergo, no debe haber interferencia por parte de nadie en el hecho de elegir; no debe haber obstáculos pues, la libertad de ser se presenta como una necesidad, a la cual hay que satisfacerla, es decir, colmarla.

Dicho esto mismo pero aplicándolo a lo que dice el primer párrafo del artículo en estudio, la persona tiene la libertad de elegir su ocupación; tiene la posibilidad de autodeterminarse con y en la misma ocupación; la posibilidad de elegir su profesión o trabajo, pero ella misma, de manera voluntaria, sin que nadie le prive de su elección ni tampoco de su actividad. En otras palabras, el Estado no puede ni debe interferir para que la persona escoja su ocupación ni tampoco debe poner obstáculos para la elección ni para el desarrollo de la misma profesión. Así, la persona tiene esa verdadera necesidad de elegir, pero también de ocuparse en la profesión que le acomode. Y cuando elija y trabaje en lo que eligió, en verdad se autodetermina y colma su necesidad de ser.

Lo último significa que la persona que elige una profesión o trabajo, el que va a ser su ocupación, por ende, en realidad lo que también está haciendo es escoger su forma de ser. ¿Su forma de ser en qué sentido? En los siguientes:

El ocupacional, en el cual el sujeto pasará varias horas al día desarrollando una actividad.

El laboral, con el cual el individuo elaborará productos o bienes o prestará un servicio profesional.

El social, ya que los productos, bienes o servicios son para una persona que los compra o solicita y por lo tanto, el sujeto que los fabrica y presta pensará en el comprador o solicitante y actuará lo mejor que pueda.

El psicológico, ya que con un buen producto o servicio seguramente recibirá una buena recompensa que lo hará sentirse bien y continuará haciendo mejor aún su actividad.

El económico, pues la recompensa que reciba no puede traducirse sólo en la satisfacción o en salario u honorarios, dado que ambos de manera conjunta son satisfactorios y necesarios.

El intelectual, talvez el más importante para el ser humano pensante, pues para elaborar un buen producto o bien, prestar un servicio profesional adecuado, el sujeto continuamente se estará actualizando y perfeccionando.

Por tales razones, el individuo que actúa eligiendo una ocupación o que, incluso, actúa no eligiendo alguna -o de plano ninguna- no sólo ejercita su libertad de elección sino ejerce su libertad de ser en los planos arriba señalados. Escoge en realidad su modo de ser, su forma de ser existencial. Así, en concreto en cuanto a nuestro tema de estudio, a saber, que el individuo tenga la libertad de elegir el trabajo lícito, lo hará sí, pero teleológicamente, persiguiendo objetivos debidamente determinados. No es un actuar inconsciente pues en dicho ejercicio y elección el individuo pone toda su voluntad para ser y para alcanzar los objetivos que se planteó y, aunque es para servir a los demás no comparte con ellos ni el ser, ni los objetivos, ni los planos en que se desenvolverá y crecerá como trabajador y como ser humano, pero libre.

Por tales razones es tan importante y trascendente ser libre para elegir el trabajo o profesión que nos acomode, siendo lícito. Por lo mismo, el Estado, los tres poderes y sus órganos de gobierno deben respetar esa libertad pues, si así no fuera, si no se deja ser libre al sujeto en cuanto a su desarrollo; si se le niega una libertad que le es propia dada su naturaleza, entonces tenderá a su propia destrucción. Se le condena -sin más- a la frustración que anulará su espíritu de lucha, de hacer y de ser.

Por el contrario, cuando el Estado, cualquiera de sus tres poderes y sus órganos de gobierno respetan la libertad de elegir el trabajo o profesión lícitos, ergo, no hay frustración y sí en cambio constructividad, vida y anhelo de hacer y ser; esto es posible gracias a la libertad. No obstante, no olvidemos que con nuestra libertad también hacemos libres a los demás; no ignoremos la libertad ajena cuando ejerzamos la propia pues debemos recordar que ambas tienen límites. Debemos tener presente que para ser libres hay que hacer a los otros también libres. Aunque sea absurdo decirlo: la libertad es para ser libres nosotros mismos y los demás, no sumisos ni subordinados; ni nosotros ni los otros.

Todo lo anterior viene a significar una de las mejores prerrogativas del ser humano que quiere ser libre al escoger su ocupación o actividad. Y esa prerrogativa se encuentra plasmada en el primer párrafo del artículo 5to constitucional; pero, al encontrarse en este texto constitucional, entonces tal prerrogativa se convierte en algo positivo, es decir, en derecho escrito. Por lo tanto, se habla de la positividad de la libertad de elegir nuestra profesión. Como consecuencia de lo anterior, sea que consideremos a la libertad como un derecho humano, o un derecho público subjetivo o como la garantía individual, lo cierto es que se contiene en la normatividad jurídica constitucional, por lo que debe ser protegida por el mismo Estado y otorgada a la persona que libremente elegirá su trabajo o profesión, como una garantía del individuo. Derivado de esto último, la libertad de elegir se convierte en imperativa.

Ahora bien, abordemos por último la cuestión de la licitud del trabajo o profesión elegida. Vemos así que este tema bien puede abordarse desde diversos puntos de vista. Verbigracia el moral, lo cual quiere significar que escoger un trabajo lícito implica que el sujeto es un hombre probo y que por ende su actividad también lo será. Desde el punto de vista sociológico, lo que se traduce en que el sujeto, al escoger un profesión que sea honesta, buscará que no sólo lo sea para él sino incluso respecto de los demás miembros de la comunidad. También desde el punto de vista filosófico, de lo que se deduce que al pensar en el ejercicio de la libertad de elegir, la persona que lo hace respecto de su trabajo o profesión, lo hace pensando en el beneficio que traerá a los demás; es decir, no sólo piensa en él sino también en los demás. Incluso, desde el punto de vista deontológico, pues ejercer

una ocupación es un deber del individuo que desea llegar a ser un sujeto autárquico, pero también busca aportar un beneficio colectivo ya que vive en sociedad.

No obstante lo anterior, sabemos que el artículo en estudio se refiere más al término licitud en el sentido jurídico. Sin embargo, no deseamos caer en lo simple y decir que *lícito* jurídicamente significa lo que es legal o conforme al Derecho; o que el trabajo es lícito porque lo permite la ley jurídica, pues ya hemos expuesto con anterioridad que el escoger una ocupación o trabajo tiene implicaciones teleológicas; que el sujeto que elige lo hace pensándose y ubicándose en diversos niveles o planes ontológicos. Así, por licitud, etimológicamente entendemos lo permitido, lo autorizado, incluso lo legal. Y no sólo es permitido o autorizado porque está en una ley o es conforme al Derecho positivo, sino porque es aceptable por la comunidad y lo es, dado que le trae beneficios, los cuales se traducen en bienestar familiar y colectivo.

Además, como sostiene la doctrina: “La aclaración que hace el texto constitucional en el sentido de que dicha actividad debe ser “lícita” viene a desdibujar ese derecho fundamental, puesto que la licitud es una característica que se determina por ley, con lo cual el mandato constitucional se deja a la discreción del legislador, se “desconstitucionaliza” por tanto.”³¹ Argumento con el cual coincidimos pues se deja a la lucha arbitraria y subjetiva de los partidos políticos que en realidad son los que legislan, oponiéndose unos a otros sólo por cuestiones partidistas, porque unos son los que gobiernan y los otros son la oposición en turno. Y unos se llaman liberales y otros son conservadores.

O incluso, existe más riesgo cuando se trata de decidir y definir aquel trabajo o profesión que se califique de ilícito pues: “... un trabajo u ocupación son ilícitos cuando contravienen a una disposición jurídica que así lo establece, la cual es apreciada por una autoridad con facultades para declararlo y, eventualmente, sancionar la conducta transgresora de la norma concreta.”³² Así, desde el punto de vista psicológico, cuando se deja a la subjetividad del legislador ordinario y en leyes secundarias definir un trabajo lícito o prohibir uno porque es

³¹ Ibidem, p. 357

³² CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 96

ilícito (sin serlo en realidad), el sujeto o la persona que no puede dedicarse a tal profesión o trabajo, se siente separado de su libertad, de su libre decisión y de su forma de vivir.

2.3.3 Limitantes a la Libertad de elegir el trabajo lícito

Ha quedado claro -en los dos temas anteriores- la importancia y trascendencia del trabajo como formación del individuo y, por lo tanto, la oportunidad de la libertad de elegir la actividad o profesión que más nos acomode, claro, siempre que sea lícita.

Y es precisamente lo que abordaremos en este apartado, a saber, las limitantes que señala la misma Constitución en su artículo 5to, párrafo primero, respecto de la libertad de elegir el trabajo. Y aunque anteriormente hemos sostenido que el Estado no debe coartar el ejercicio de la libertad para escoger una actividad y que por el contrario está obligado a fomentar, resguardar y otorgar el ejercicio de aquélla, sin contradecirnos en este apartado ahora afirmamos -como en líneas anteriores- que la libertad y su ejercicio deben ser cuidadosamente practicados y, cuando no sea así, cuando con nuestra libertad y su ejercicio hagamos daño a los demás, entonces se deben limitar por nosotros mismos. Sí no es así, si por nuestra parte no los limitamos, entonces lo debe hacer un ente que tenga autoridad sobre nosotros, un ente que lo haga aplicando un ordenamiento que lo autorice a ello y que no viole ni los derechos humanos ni las garantías que consagra la misma Constitución.

Y, ¿por qué la misma Constitución? Porque: “El trabajo es un derecho que tienen todos los individuos; lo que hace la Constitución es, por un lado, reconocerles ese derecho y, por otro, establecer los supuestos en que deberá ser restringido.”³³ En otras palabras, es la propia Carta Magna la que nos protege contra actos del Estado pero también, la que autoriza a ese Estado y a sus autoridades para que actúen en nuestra contra cuando contravengamos las disposiciones jurídicas. ¿Cómo? Coartando nuestras libertades, sí, pero con fundamento en la Norma Fundamental.

³³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales de Libertad, Colección Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 77

¿Y por qué directamente desde la Constitución? La respuesta es porque la Norma Suprema es de orden público. ¿Cuál es la razón de lo anterior? Que: “...las leyes de orden público son aquellas que regulan directamente los intereses del Estado y de la Sociedad, dando a entenderse así que no serán normas de orden público las que simplemente regulan intereses particulares.”³⁴ Y la Constitución regula directamente los intereses, tanto del Estado como de la sociedad cuando ambos entes se relacionan y, más aún, cuando se trata de un miembro de esa sociedad.

En nuestro caso, conforme al precepto constitucional en estudio, se trata de intereses públicos con los miembros de esa sociedad y no de intereses sólo entre particulares pues, “... si una ley regula directamente, ante una situación de hecho o de derecho determinada, los intereses que en ella tenga el Estado como entidad soberana o la sociedad, se estará en presencia de una norma de orden público.”³⁵ Y una situación de hecho determinada es que el ser humano es un ser libre y tiene que ejercer su libertad. En cambio, la situación de derecho determinada es la que consiste en que la libertad del sujeto libre se traduce en elegir un trabajo, profesión, comercio o industria que más le acomode, siempre y cuando sean lícitos. De no ser así -lícitos-, entonces las autoridades legalmente podrán coartar dicha libertad. ¿Cómo pueden llevar a cabo esto último? Lo señalamos en las siguientes líneas.

Así, el artículo en comentario señala que el ejercicio de la libertad puede vedarse. Y, ¿qué quiere decir esto último? Vedar viene del latín *vetare* que significa impedir o prohibir. Ahora bien, aplicándolo a nuestro tema, *vedar* en términos del artículo 5to constitucional, tiene una implicación jurídica, lo cual quiere decir que se impide o se prohíbe jurídicamente algo, porque así lo establece el Derecho. Y, en concreto, lo que se prohíbe jurídicamente es el ejercicio de la libertad.

Pero, ¿cuáles son las razones por las que se puede vedar el ejercicio de la libertad? ¿Cuáles son tales razones para que se nos prohíba dedicarnos a un trabajo? ¿Quién es la autoridad

³⁴ CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 96

³⁵ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 313

facultada para tal efecto? ¿Por qué el Derecho, que por una parte protege un derecho fundamental como la libertad, por otra establece que puede vedarse su ejercicio? Bien, aunque en la doctrina no existe unanimidad en cuanto al número de limitaciones a la libertad de trabajo, en cambio sí la hay en cuanto a que la primera de dichas limitaciones es la licitud. “En primer término, se limitará cuando una persona pretenda desempeñar una actividad ilícita, la cual se entiende como la no permitida por la ley.”³⁶

Así, conforme a las dos últimas líneas, la licitud es lo permitido por la ley, por lo que -se entiende- lo no permitido por la ley es lo ilícito; y en concreto al trabajo, éste es lícito o ilícito dependiendo si contraviene o no a la ley. Esto es un argumento netamente jurídico. Sin embargo, ¿habrá otro argumento en otro sentido? Sí, por supuesto: “La ilicitud de un acto o de un hecho es una circunstancia que implica contravención a las buenas costumbres o a las normas de orden público. En el primer caso, la ilicitud tiene un contenido inmoral, esto es, se refiere a una contraposición con la moralidad social que en un tiempo y espacio determinados exista; en el segundo caso, la ilicitud se ostenta como una disconformidad, como una inadecuación entre un hecho o un objeto y una ley de orden público.”³⁷

Encontramos entonces que a la licitud se le identifica con lo que es moral y a la ilicitud con lo inmoral. No obstante, a pesar que ambas posturas son pertinentes y correctas, por nuestra parte añadimos otro sentido, otra dirección no jurídica ni moral sino axiológica (y por ende, filosófica) pues, independientemente del medio (sea por determinación judicial o por una resolución gubernativa) para impedir el ejercicio del trabajo no lícito, sólo se puede vedar dicho ejercicio cuando se ataquen los derechos de tercero o cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Y afirmamos que es una dirección axiológica pues, por causa de la ilicitud en el trabajo, ahora se protegen los derechos de tercero y de la sociedad. En otras palabras, cuando un sujeto no sabe respetar la Constitución tampoco respetará a los seres humanos ni sus derechos. Y así, cuando dicho sujeto no respeta los derechos, tampoco los valores de los

³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales de Libertad, Colección Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 78

³⁷ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 312

otros miembros con quienes convive en sociedad; ergo, algo y alguien deben obligarlo a respetarlos, siendo ese algo el Derecho y el alguien los órganos de gobierno, es decir, las autoridades judiciales o gubernativas.

No debemos perder de vista que los derechos no son exclusivos de un individuo, pues los demás sujetos también tienen derechos, e incluso, también la sociedad, aunque no sean unánimes ni respetados por todos los miembros de la misma y tampoco sean iguales a los derechos de otras sociedades. Por eso es axiológico, pues vale para cada sociedad y para cada sujeto.

Ahora bien, huelga decir que la posibilidad de vedar se refiere al trabajo, profesión, comercio o industria y por ende, a la libertad misma, pues se ejerce la libertad de elegir sí, pero sobre una actividad u ocupación laboral. Así, no se puede vedar el pensar dedicarse a la explotación sexual sino el ejercicio -la práctica real- de la explotación sexual; no se puede vedar la libertad de querer dedicarse al tráfico humano sino al verdadero tráfico humano como comercio ilícito que es. Por lo tanto, la licitud es la frontera entre un trabajo que debe permitirse y otro que puede ser vedado e impedir su práctica.

Como consecuencia, de la primera limitante comentada y que consiste en la licitud se desprenden otras dos limitantes, a saber, el respeto tanto a los derechos de tercero como a los derechos de la sociedad, pues cuando se ataquen los primeros o se ofendan los segundos, el ejercicio de la libertad se podrá vedar. “...el artículo 5º constitucional, dispone que la posibilidad de “vedar” la libertad de trabajo o comercio (...) se da en dos supuestos: por resolución judicial cuando se ataquen derechos de terceros, y por resolución gubernativa (de las autoridades ejecutivas se quiere decir), dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.”³⁸

De esta manera, la segunda limitante al ejercicio de nuestra libertad de trabajo se presenta cuando se ataquen los derechos de tercero y sólo mediante determinación judicial. Por lo tanto se habla de dos supuestos, a saber, el ataque -con un trabajo ilícito- a los derechos de

³⁸ CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 361

un tercero y que esto dé oportunidad de llevar a juicio al infractor para que, con posterioridad a dicho juicio se le prohíba dedicarse a su trabajo con el cual atacó derechos de ese tercero. Se da así “...una posibilidad de limitación, la cual se actualiza por determinación o sentencia judicial recaída en un proceso previo en que se cumplan los requisitos contenidos en el artículo 14 constitucional a favor de aquel a quien se pretende privar de ese derecho libertario.”³⁹

Vemos así que el ejercicio de la libertad de trabajo puede vedarse respecto del infractor, sí, mediante resolución judicial, sí, pero siempre y cuando se le hayan respetado sus garantías individuales tales como juicio previo y ley expedida con anterioridad al hecho, y por supuesto, se compruebe que efectivamente atacó derechos de terceros. Es decir, no sólo es el hecho de que el sujeto, al ejercer su libertad de ocupación, de manera efectiva ataque derechos de otros, sino que también con esto último contraviene al mismo Derecho. Aunque sea así, esto no implica que de manera automática se limite su libertad ocupacional, sino que debe ser procesado, o sea, se le tiene que someter a un juicio para que, con base en éste, una autoridad judicial pueda legalmente dictar una sentencia -resolución dice la Constitución- con la cual, de manera no sólo justa sino legítima, se le pueda coartar, limitar y con ello impedir se dedique al trabajo que haya escogido, pero con el cual atacó los derechos de otros sujetos de la misma sociedad.

Luego, podemos comprender que ante este supuesto, más que limitar la libertad de un sujeto de elegir un trabajo, lo que hace también es proteger los derechos de otros sujetos; por lo que al ser así, no se viola la garantía de libertad de trabajo cuando una autoridad judicial, mediante resolución judicial, limite ese ejercicio de la libertad mencionada pues, el acto de dictar una resolución judicial con la cual se limite dicha libertad no implica una violación a la Constitución sino al contrario, una protección a los derechos de otros individuos. Protección que está obligada llevar a cabo la autoridad judicial. Ergo, “...puede coartarse en virtud de una determinación judicial, cuando su ejercicio produzca ataques a derechos de terceros; es decir, la garantía no podrá exigirse si la actividad a la que pretende

³⁹ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 315

dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley a favor de otro.”⁴⁰

Es verdad, la garantía en cuestión no puede exigirse cuando con nuestra actividad ocupacional atacamos conjuntamente a otros y a sus derechos, tutelados estos últimos por la ley a favor de esos otros. A contrario sensu, sí podemos exigir la libertad de escoger un trabajo y desarrollar este último cuando no se ataquen derechos de otros sujetos y la autoridad debe permitirnos ejercerlo. Así, la violación a la Constitución se presenta en el momento en que se dicta por la autoridad judicial la resolución judicial con la cual se priva al individuo de su actividad sin contravenir los derechos de otros y por ende, cuando no se viola la ley que tutela tales derechos.

Por lo tanto, queda claro que lo que “...el constituyente quiso fue no establecer la posibilidad de que un hombre fuese privado de la libertad de trabajo considerada ésta como facultad del individuo para dedicarse a cualquier oficio, profesión, comercio, etc., que más le agrade, sino facultar al juez para prohibir a una persona que continúe ejerciendo una actividad perjudicial para los derechos de tercero.”⁴¹

La tercera limitación que establece el artículo 5to constitucional, consiste en que el ejercicio de la libertad de trabajo y el trabajo mismo, también pueden vedarse por otra resolución, sólo que ahora gubernativa. Pero en esta ocasión, no cuando se ataquen derechos de terceros sino cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Por supuesto, esta resolución gubernativa deberá ser dictada conforme a la ley, no por una simple decisión de la autoridad gubernativa. Esto último implica que: “...la autoridad administrativa está facultada para restringir el ejercicio de dicha libertad, siempre y cuando dicte una resolución conforme a una ley limitativa correspondiente y la cual tenga en cuenta el perjuicio que la sociedad pudiese resentir con el desempeño de tal derecho.”⁴²

⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales de Libertad, Colección Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 78

⁴¹ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 315

⁴² Idem.

Conforme a esto último, debemos señalar la diferencia que existe entre la segunda limitante y ésta que es la tercera, diferencia que consiste en que la resolución judicial es dictada por una autoridad judicial, es decir, un juez. Mientras que en la tercera limitante se trata de una autoridad gubernativa, o sea, la autoridad administrativa, verbigracia, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Ahora bien, la interrogante que hay que responder es: ¿cómo puede una autoridad administrativa -mediante una resolución dictada por la misma- prohibir el ejercicio de la libertad de trabajo? La cuestión surge dado que sabemos que la autoridad administrativa no puede legislar sino sólo elaborar reglamentos. ¿Es así que con base en sus reglamentos la autoridad administrativa puede emitir una resolución -también administrativa- y con ella lograr que una garantía constitucional no sea observada? Por supuesto que la respuesta es no, cuando el reglamento -de la autoridad administrativa- no tenga como base una ley emanada del Congreso de la Unión; sí, cuando se reglamente -por la autoridad administrativa- una ley expedida por el Poder Legislativo.

Observamos así la importancia de la existencia de la ley previa al reglamento y no a la inversa y, menos aún, la existencia únicamente del reglamento. Así, en este orden de ideas “Es bien claro -y así lo resuelve la doctrina y la jurisprudencia-, que una resolución gubernativa de esta naturaleza sólo puede fundamentarse en una ley en sentido material y formal, y no en un reglamento, a menos que éste se haya expedido regulando precisamente lo dispuesto en una ley del Congreso a la cual reglamente.”⁴³

Y una ley en sentido material y formal implica que la misma sea creada por quien tiene facultades para ello, sí, pero también como lo establece la propia Constitución y no de otra manera. Por lo tanto, hablamos del Congreso de la Unión y/o de los congresos locales; ordenamientos a los cuales la autoridad administrativa reglamenta. Así que la resolución gubernativa que expide dicha autoridad, no es con base sólo en su reglamento sino primera y principalmente con base en la ley, ya que es esta última la que en realidad regula la

⁴³ CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 96

actividad ocupacional y la que autoriza la limitación al ejercicio de la libertad de dicha actividad ocupacional.

Por lo tanto: “Toda autoridad gubernativa, pues, para limitar la libertad de industria, comercio, etc., en perjuicio de una o más personas, debe apoyarse en una norma jurídica que autorice dicha limitación en los casos por ella previstos, en vista siempre de una posible vulneración a los derechos de la sociedad.”⁴⁴ No obstante lo anterior, estamos ciertos de que la limitación implica una verdadera afectación a la persona a la que -por medio de la resolución gubernativa- se le ordenó dejar de practicar determinada actividad; sin embargo, ello es así, dado que la prohibición trae implícito el bienestar no sólo de otros sujetos sino del conjunto de ellos, es decir, de la sociedad misma.

En otras palabras, en este tercer supuesto no se atacan los derechos de otro u otros sujetos bien identificados, sino que se ofenden los derechos de la sociedad en su totalidad cuando “...la actividad que pretende desarrollarse ofende derechos de la sociedad; ello implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que hay un valor ponderado y asegurado, traducido en la convivencia y bienestar social.”⁴⁵ Se da así que la convivencia y el bienestar social son superiores como valor al bienestar individual.

Por lo tanto, una vez que hemos señalado las limitantes a la libertad de elegir el trabajo lícito que más nos acomode, concluimos este apartado afirmando que el legislador, al elaborar leyes con las cuales se establezcan limitantes a la libertad de trabajo, debe ser un sujeto sumamente diligente y consciente del daño que puede producir, no sólo al sujeto al cual limita su libertad sino incluso a otros terceros y asimismo a la sociedad, cuando la actividad desarrollada por el sujeto limitado en realidad no ataque los derechos de terceros ni tampoco ofenda los derechos de la sociedad. ¿Qué podría motivar entonces tal

⁴⁴ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 316

⁴⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales de Libertad, Colección Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 79

limitación? Pues podría ser que las autoridades legislativas legislen y las administrativas reglamenten coartando la libertad de trabajo simulando que protegen derechos de terceros y de la sociedad, cuando en realidad lo que hacen es proteger sus propios intereses como entes gobernantes, contraviniendo así la garantía de libertad ocupacional.

2.4 Artículo 6to. constitucional

Iniciemos ahora la exégesis del artículo sexto constitucional, el cual consagra y resguarda la garantía -entre otras no menos importantes- de la libre manifestación de las ideas. Trascendente para nuestro trabajo de investigación dado que -consideramos por parte nuestra- no protege sólo a la manifestación sino también a libertad de manifestarse y, por supuesto, a las ideas mismas.

Así, es valioso para el ser humano el querer manifestarse pero lo es aún más la libertad de poder hacerlo realmente. ¿Qué falta entonces? Quizá lo más valioso e importante, a saber, las ideas. Ergo, no le es suficiente al individuo que se le conceda por la ley la libertad de manifestarse, sino que se le permita expresar precisamente sus ideas, dado que estas últimas pueden imponérsele. Entonces, ¿para qué querrá el individuo la libertad de manifestarse libremente cuando se le coartan sus ideas y sólo se le permite expresar aquellas ideas que le son impuestas? Por ende, lo que cualquier sujeto desea es manifestar sus propias ideas y no las de otros que le son impuestas.

Esto no es ninguna novedad, lo sabemos. Ya desde 1789, en ocasión de la Revolución Francesa y como consecuencia de la misma se recoge la libertad de expresión en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que señalaba que: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley” (artículo 11). Con posterioridad, “La libertad de expresión adquirió el rango de

garantía individual en virtud de la Revolución Francesa (...) Antes de ello, la expresión de las ideas no era tanto una libertad como un fenómeno fáctico.”⁴⁶

De esta manera, podemos observar que ya desde antaño se consideraba a la libre comunicación de los pensamientos (hoy libertad de expresión) como uno de los derechos más preciados para el ser humano, por lo que la manifestación se ha convertido en el medio de comunicar algo muy propio del ser humano; algo que es parte de su naturaleza como ser pensante, es decir, sus ideas. Así, los que gobiernan empezaron a entender que tal derecho no es gracias a su generosidad sino a que lo ordenan las Cartas Fundamentales, tal y como lo hace nuestra Constitución.

No obstante lo anterior, nuestros gobernantes, principalmente legisladores y autoridades administrativas, constantemente contravienen lo establecido en la Constitución. Por lo tanto, como sujetos pensantes y libres, tenemos la obligación de impedir que las autoridades se conviertan nuevamente en un poder autoritario y déspota. Autoridades que nos sumergen en un estado de incultura, oscurantismo y mezquindad, para posteriormente convertirse en entes generosos y darnos las libertades que ellos quieran. Los seres humanos pensantes y racionales no han luchado para tener entes gobernantes déspotas ni tampoco generosos, sino para tener y gozar derechos y libertades que los gobernantes reconozcan y respeten su ejercicio.

Así, los que creían que ya estaba todo hecho y que ya nada se tenía que hacer están en un error. Por lo tanto, nosotros, los herederos de tales derechos y libertades tenemos como un deber muy propio el defenderlos, conservarlos -paradójicamente a costa de nuestra misma libertad- y heredarlos a las próximas generaciones, pues: “La libre manifestación de las ideas, pensamientos, opiniones, etc., constituye uno de los factores indispensables para el progreso cultural y social. En efecto, es mediante la emisión eidética como se impulsa la investigación científica, descubriéndose nuevos principios, sustentándose teorías innovadoras, colmándose lagunas en sistemas ya existentes, criticándose vicios, defectos y

⁴⁶ Ibidem. p. 87

aberraciones de los mismos, en una palabra, fincándose bases para la construcción cultural.”⁴⁷

Y es que con la libre manifestación de las ideas y con estas últimas no resulta suficiente para conservar derechos y libertades, sino que, además, es preciso que se hereden a nuestros descendientes tales derechos y libertades sí, pero también es necesario mostrarles la manera y forma de conservarlos. Y si acaso la pregunta es: ¿qué caso tiene hacerlo? La respuesta es otra pregunta, a saber: ¿qué mejor legado que los derechos y libertades y con ello darles la oportunidad de mejorar su entorno jurídico, económico, social, cultural y también espiritual? Debemos brindarles a nuestros descendientes la oportunidad de superarse, empezando por hacerlos libres para que manifiesten sus propias ideas, no las nuestras.

Justo en este punto es donde opera el artículo 6° de nuestra Constitución, el cual establece: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Veamos entonces en qué consiste la libre manifestación de las ideas que consagra el mencionado precepto.

2.4.1 La facultad de expresarse libremente

Ésta es la primera afirmación que hace el precepto constitucional en cita, es decir, podemos manifestar libremente nuestras ideas. Pero cuando lo hacemos, regularmente lo hacemos para algo y para alguien, con una dirección teleológica. Así, la garantía de expresarse no sólo es para el individuo que se manifiesta e informa sino también para que el otro a quien va dirigida la información la escuche, independientemente de la verdad o falsedad que se contenga en dicha información. Ambos sujetos, el que se manifiesta e informa y el que recibe tal información gozan de la protección constitucional. La garantía no es para que la información sea veraz sino para que se brinde tal información.

⁴⁷ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 348

No obstante lo anterior, si bien es cierto que podemos expresar libremente nuestras ideas y con ello informar a quienes nos escuchan, también lo es que -como lo hemos señalado líneas arriba- tal libertad no significa que podamos hacerlo como queramos, sino que estamos obligados a ejercerlo tomando en cuenta los límites que señala el mismo artículo sexto en relación con el séptimo, ambos constitucionales. De esta manera “...la información (...) estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor o la intimidad).”⁴⁸

Pero, ¿desde cuándo se tiene derecho a la información; desde cuándo es una garantía a nuestro favor? Sabemos que el 6 de diciembre del año de 1977, el Decreto que reformó al artículo sexto -entre otros- se publicó en el Diario Oficial de la Federación, con el cual se le adiciona la expresión: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. De esta manera se dan tres aspectos, a saber: uno, nace el derecho de un sujeto a informar; dos, se presenta la obligación del Estado de garantizar tal derecho; y, tres, el derecho de otro sujeto de ser informado.

Muy bien, pero, la interrogante es: ¿para qué la información; de qué nos sirve? Para saber, sería la primera respuesta. Aunque esto no es suficiente. ¿Entonces? La segunda respuesta radica en el hecho de que al saber, por ende, estamos en la posibilidad de tomar nuestras propias decisiones. Y esto último es importante para el ser humano pues al estar informado decide su actividad en lo futuro. Además, “...presupone (...) el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos.”⁴⁹

Vemos así que el derecho a informar y a ser informado no radica sólo en decir y escuchar, sino en el hecho de que un sujeto comunique ideas y propuestas, para que otro forme sus convicciones y participe en cuestiones que le son importantes. ¿Cómo se puede entonces entender el derecho a la información? Se dice que: “...se puede definir el derecho de la

⁴⁸ CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 378

⁴⁹ Ibidem. p. 372

información como el conjunto de normas jurídicas que regulan y tutelan las libertades, garantías, facultades y delimitaciones que integran el derecho a la información.”⁵⁰ Aunque, más que una definición nos interesa saber qué comprende dicha garantía.

Hemos sostenido que con tal garantía se habla de tres entes, a saber, el sujeto que informa, el Estado que debe garantizar tal actividad y el sujeto que es informado. Así, para el primer sujeto, el derecho a la información es la garantía fundamental que posee, por lo que se desprenden los tres aspectos más importantes que comprende dicha garantía: a) el derecho a atraerse información; b) el derecho a informar; y, c) el derecho a ser informado.⁵¹ Por lo tanto, relacionando lo argumentado, inferimos que la libre manifestación de las ideas, es precisamente para informar tales ideas y, el que las transmite debe tener garantizado ese derecho.

Y, ¿cómo las transmite? ¿Cómo informa las ideas? ¿Quién las recibe y qué derechos tiene este último? Entre otras formas, se dice que: “El derecho a informar incluye las i) libertades de expresión y de imprenta, y ii) la de constitución de sociedades y empresas informativas. El derecho a ser informado incluye las facultades de i) recibir información veraz y oportuna, ii) la cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias, y iii) con carácter universal, o sea que la información es para todas las personas sin ninguna exclusión.”⁵² Observamos de esta manera que se habla de libertades para el que informa, mientras que para el que es informado se habla de facultades.

Sin embargo, no debemos confundirnos y pensar que se trata de la misma garantía para ambos sujetos, pues, si bien hemos dicho que uno es el sujeto que informa y otro el sujeto que es informado, también puede entenderse en este último a la generalidad, o como dice el autor en cita, la universalidad de todas las personas que son informadas. De esta forma, ya no se puede hablar de una garantía de la misma naturaleza, sino que: “...entre la libertad de expresión como una garantía individual y el derecho a la información como una garantía

⁵⁰ CARPIZO, Jorge. Nuevos Estudios Constitucionales, México, Ed. UNAM – Porrúa, 2000, p. 403

⁵¹ *Ibidem.* p. 402

⁵² *Idem.*

social de los receptores de aquélla, encuadrada dentro del modelo de la preeminencia del interés social, y que garantizaría el pluralismo ideológico de la sociedad...»⁵³

Ahora bien, cuando se habla del *pluralismo ideológico de la sociedad* se hace por tanto de una diversidad de ideas, creencias, convicciones y, por ende, de todas aquellas relaciones intersubjetivas que se dan entre los sujetos que integran una sociedad. Como consecuencia, la interrogante que surge es ¿qué importancia tiene lo anterior? Siendo la respuesta que “...el ámbito subjetivo en que se gestan las ideas suele ser reemplazado por uno objetivo, (...) Mientras la exposición de las ideas no repercute negativamente en el orden social, la libertad de expresión se habrá manifestado plenamente, pero cuando de esa libertad deriven daños a la moral, las buenas costumbres y, en general, al orden público, habrá lugar a inquisiciones judiciales o administrativas.”⁵⁴

Luego, vemos así que, en tanto la libertad de expresión no afecte a los miembros de la sociedad, se puede ejercer plenamente. En cambio, cuando el sujeto que la practica pasa de la libertad al libertarismo o libertinaje con actos que ultrajan la moral, ataca los derechos de tercero, provoca algún delito y con ello perturba al orden público, es cuando la autoridad judicial o la administrativa estarán facultadas para coartar la libertad de expresión. Pero, mientras no sea así, en tanto no haya daño ni ofensa, tales autoridades están obligadas a respetar dicha libertad y por ende, la garantía individual de la libertad de expresión. Tema que precisamente desarrollamos en el siguiente apartado.

2.4.2 Prohibida la inquisición judicial o administrativa

Como es sabido, la Constitución, conforme al artículo sexto, prohíbe la inquisición judicial o administrativa. No obstante ello, a nosotros nos queda claro que no sólo prohíbe la inquisición respecto a la libre manifestación en sí, sino también y principalmente prohíbe la inquisición sobre el contenido de esa manifestación, es decir, respecto de las ideas.

⁵³ Ibidem. p. 400

⁵⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las Garantías Individuales de Libertad*, Colección Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 91

Sin embargo, para estar en posibilidad de hablar atinadamente del término *inquisición*, veamos entonces su origen etimológico y su práctica. Etimológicamente, derivado del latín *quearere*, (que significa buscar o pedir), *inquerere* se traduce como preguntar o interrogar. Formalmente y conforme al Diccionario de la Real Academia Española, *inquisición* proviene de *inquisiño onis* (acción y efecto de inquirir) y significa indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo, en su primera acepción. En su segunda acepción, se entiende el lugar o cárcel al que se destinaban reos pertenecientes al antiguo Tribunal eclesiástico de la Inquisición.

Ahora bien, si hablamos de la *inquisición* por ende también lo hacemos de un *inquisidor*, es decir, aquel que practica la *inquisición*. Y si tuviéramos que aplicarlo a un sujeto en particular sería en la figura del juez eclesiástico que conocía las causas de la fe. Su tarea, por tanto, sería *inquisitorial*, o sea, perteneciente o relativo al antiguo Tribunal eclesiástico de la Inquisición. O también, de un procedimiento parecido al que realizaba dicho Tribunal. Ergo, si trasladamos al presente dicha terminología, el *inquisidor* y por lo tanto el que practica la *inquisición* es el Estado.

No obstante todo lo anterior, debemos ser cuidadosos y distinguir -para efectos de este trabajo de investigación- entre la primera acepción del término *inquisición* y sostener que cualquier sujeto puede y debe ser *inquisidor* o *inquisitivo*, es decir, aquel que practica la indagación, el examen, la averiguación con especial cuidado y diligencia. Así, y aplicándolo a nuestro tema, el *inquisidor* o *inquisitivo* lo es el propio sujeto que informa o que manifiesta sus ideas. Esto es totalmente aceptable y permitido.

En cambio, lo que no es permitido y sí prohibido es la segunda acepción. A saber, la actitud *inquisitorial*, juzgadora -sin justificación o razón alguna- con la finalidad de destinar al informador o manifestante de sus ideas a la cárcel, precisamente por sus ideas. De esta forma, para abordar adecuadamente el tema en estudio sin cometer errores, afirmamos que el sentido que encierra el término *inquisición* en el artículo sexto constitucional es el de la segunda acepción, a saber, el de *inquisitorial*, el de juzgar y condenar la ideas y su libre

manifestación, no habiendo causa alguna para ello ni tampoco una seria investigación del caso en concreto.

Ahora bien, líneas arriba argumentamos que en la actualidad el inquisidor lo es el Estado; pero, acorde con el precepto constitucional en cita, la prohibición de la inquisición es directamente para las autoridades, sean judiciales o administrativas. Sin embargo, por nuestra parte afirmamos de manera tajante que dicha prohibición debe extenderse también a las autoridades legislativas, por supuesto. Por lo tanto, ninguna autoridad de la naturaleza que sea puede inquirir respecto de la manifestación de las ideas ni mucho menos de las mismas ideas.

Sin embargo, no podemos perder de vista que al hablar del artículo sexto constitucional, lo hacemos por ende de una garantía individual y como consecuencia de un gobernado que tiene a su favor dicha garantía. Esta última entonces protege al gobernado que es el que desea manifestar o expresar libremente sus ideas. ¿De qué lo protege? De la actitud inquisitorial injustificada e indebida de las autoridades judiciales o administrativas. Esto significa que el gobernado no puede ser sujeto a un interrogatorio, examen o averiguación por parte de la autoridad y, como consecuencia de ello, imponerle no sólo la prohibición de expresar sus ideas sino incluso, fijarle una sanción.

Así, la garantía no sólo protege al gobernado en contra de la inquisición de sus ideas por parte de las autoridades, sino también y principalmente, le permite que exprese libremente tales ideas, ya que, como se ha sostenido anteriormente, “...la libre manifestación de las ideas contribuye para el cabal desenvolvimiento de la personalidad humana, estimulando su perfeccionamiento y elevación culturales. La degradación del hombre proviene en gran parte del silencio obligatorio que se le impone, esto es, de la prohibición de que externe sus sentimientos, ideas, opiniones, etc., constriñéndolo a conservarlos en su fuero íntimo.”⁵⁵

Y se le condena al ser humano al silencio no sólo cuando se le impide hablar o manifestarse por escrito sino también cuando se le impide comunicarse por cualquier medio científico o

⁵⁵ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 248

tecnológico actual. Por ello, la Constitución, conforme al artículo en estudio, lo posibilita a manifestar sus ideas, pero también a la información y comunicación de las mismas. Así lo ha establecido el Poder Judicial de la Federación al decir que: “El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha señalado que la garantía individual consagrada en el artículo 6º constitucional consiste “en el derecho de todo individuo de exteriorizar sus ideas por cualquier medio, no sólo verbal o escrito, sino por todo aquel que la ciencia y la tecnología proporcionan.”⁵⁶

Lo que trae como consecuencia que el Estado, a través de sus autoridades no debe intervenir ni interferir en la manifestación ni en la comunicación de las ideas del gobernado pues se convertiría -el Estado- en un régimen opresor y al mismo tiempo en opositor a las libertades que, durante siglos, han costado sangre y vidas de muchos individuos; libertades que tal vez ellos no gozaron pero que nos dejaron como legado a las ulteriores generaciones.

Por lo tanto, en realidad hablamos de dos deberes. Mientras el Estado tiene la tarea deontológica, es decir, el deber jurídico de no coartar la libertad del individuo; este último también tiene el deber de hacer valer su derecho subjetivo de emitir ideas -como ser pensante y cognoscente que es- y comunicarlas a los demás miembros de la sociedad para que ésta esté en la posibilidad de ejercer a su vez la libertad de tomar decisiones también libres. De esta manera, el Estado sería de aquellos “...regímenes en los que impere la libre emisión de las ideas, la libre discusión y la sana crítica, estarán siempre en condiciones de brindar a la sociedad posibilidades de elevación intelectual.”⁵⁷

Podemos observar entonces que en la libre manifestación de las ideas y, en concreto, en la libertad de expresión que consagra el artículo constitucional en cita, no sólo están involucrados el sujeto que expresa sus ideas y la autoridad que debe permitirlo no coartando dicha libertad, sino también la misma sociedad a la que van dirigidas las ideas,

⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías Individuales de Libertad, Colección Garantías Individuales, T. 4, 2a. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 90

⁵⁷ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 348

comunicándolas. De esta manera se le brindan a los socios los posibilidades de un incremento intelectual, al mantenerlos informados.

Para tal fin, el individuo que se manifiesta comunicando ideas lo puede hacer sobre diversas materias y el otro sujeto que le escucha va formando su criterio. Así, en esta relación no sólo de sujetos sino principalmente de ideas, es en la cual el Estado debe abstenerse de intervenir pues, “La libertad de expresión es lo que permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son algunos derechos fundamentales (por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política).”⁵⁸

Luego, al derecho y libertad de un individuo de expresarse y de informar le siguen necesariamente el derecho y libertad de otro de informarse y opinar. Conforme a esto último, surgen para numerosos y diversos sujetos el derecho y libertad de cada uno de expresarse e informar y de informarse y opinar, y así sucesivamente. Vemos entonces que la libertad -cuando se cultiva y es permitida- crece y se diversifica como las raíces fuertes de un árbol que llegan a romper incluso la pesada losa de pavimento que se ha echado sobre ellas por parte de las autoridades con la intención de ocultarlas. Así rompe la libertad la pesada losa de la inquisición de las autoridades.

Pero, aunado a lo argumentado a priori, por nuestra parte insistimos que la prohibición de someter a la inquisición de las autoridades las ideas y la manifestación de las mismas, no debe ser sólo para las judiciales y las administrativas sino también y principalmente para las autoridades legislativas, pues estas últimas olvidan que después de la Constitución Federal existen los tratados internacionales. Así, “...en virtud de que la libertad de expresión está incorporada en varios tratados internacionales de derechos humanos que son derecho vigente en México, la obligación de respetarla debe entenderse como aplicable también a los poderes legislativos.”⁵⁹ Como consecuencia, también olvidan que la libertad es un derecho de la humanidad.

⁵⁸ CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 372

⁵⁹ Ibidem. p. 371

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que al hablar de garantía individual se hace por tanto de la relación jurídica entre el Estado y el gobernado y que, el primero es el sujeto pasivo de dicha relación jurídica y el segundo el sujeto activo, por tanto el que puede exigir. Tampoco olvidemos que al exigir lo hace respecto de su derecho a manifestar libremente sus ideas, es decir, exige el derecho humano de expresarse. El Estado entonces está obligado por la Constitución a respetar tal derecho.

Pero, la pregunta es ¿siempre debe ser de esta forma, invariablemente? La respuesta es no, no siempre. ¿A qué nos referimos? A que el Estado, mediante sus autoridades judiciales o administrativas, definitivamente no puede llevar a cabo una inquisición de las ideas al estilo del antiguo Tribunal de la Santa Inquisición, como verdaderos jueces de la fe. Esto es lo que no pueden. En cambio sí pueden llevar a cabo inquisiciones, es decir, verdaderas averiguaciones, exámenes, investigaciones para evitar un ataque a la moral, proteger los derechos de tercero o impedir se provoque algún delito o incluso se perturbe el orden público. Esto es lo que sí pueden realizar las autoridades judiciales o administrativas.

Por lo tanto, no se viola la garantía de la libertad de expresión de las ideas cuando se realiza la averiguación para impedir lo que se ha descrito en el párrafo anterior. Lo que implica que, aparte de preservar el respeto a la moral y a los derechos de tercero, evitar delitos o que se perturbe del orden social, también se persigue por parte de las autoridades judiciales y administrativas imponer la sanción correspondiente al delito o infracción, pues la libertad de expresión no es ilimitada; al contrario, es limitada como cualquier otra libertad que se deba ejercer con verdadera responsabilidad. Cuestión que trataremos en el siguiente apartado.

2.4.3 Limitantes a la libertad de expresión

En el apartado anterior concluimos que las autoridades judiciales o administrativas sí pueden llevar a cabo verdaderas pero serias investigaciones para imponer una sanción judicial o administrativa cuando se ejerza la libertad de expresión de una manera

irresponsable por parte del gobernado. En otras palabras, existen limitantes para ejercer libremente la expresión de las ideas. Veamos cuáles son.

Conforme al artículo sexto constitucional, las limitantes que pueden operar legalmente contra el libre ejercicio de expresar las ideas son cuatro, a saber: el ataque a la moral, el ataque a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Fuera de ellas, no puede ni debe haber razón alguna por parte de las autoridades para coartar la libertad de expresión.

Pero, esto conforme a la Constitución Federal. ¿Y en cuanto a leyes secundarias de la Ley Fundamental? ¿Podría haber válidamente más limitaciones en otros ordenamientos que se deriven de la Constitución Federal? La respuesta es no. “La manifestación del pensamiento tiene (...) limitaciones establecidas por la propia Ley Fundamental, fuera de las cuales no debe existir ninguna y, en el supuesto de que un ordenamiento secundario instituya alguna otra hipótesis limitativa, ésta sería inconstitucional.”⁶⁰

Y aunque queda claro que la sanción que puede imponer una autoridad judicial es por haber cometido un delito y que la que puede imponer a su vez la autoridad administrativa es por una infracción administrativa, lo que no está claro es cuándo, cualquiera de las limitantes, es un delito o una infracción administrativa. Y aunque también sabemos que no hay pena sin ley, por lo que para imponer una sanción debe estar en una ley expedida con anterioridad al hecho, lo que ignoramos es saber cuáles son los verdaderos criterios para sancionar un ataque a la moral verbigracia; o cuándo se ataca el orden público.

Como consecuencia de ello, no sería extraño que algunas autoridades contravinieran la garantía de la libertad de expresión de las ideas al quedar prácticamente al arbitrio de ellas la interpretación de un hecho para considerar que con él se viola la Constitución. Así, y dada “...la extrema vaguedad de los supuestos mencionados, su interpretación se debe

⁶⁰ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 351

realizar de forma restrictiva, porque de otro modo no sería nada difícil conculcar en los hechos -aduciendo un apoyo constitucional poco preciso- la libertad de expresión.”⁶¹

Y efectivamente, se puede conculcar en los hechos a la Carta Magna, es decir, al interpretar las ideas y la manifestación de las mismas, porque al ser objeto de examen puede darse el supuesto de que las autoridades no realicen una buena exégesis y consideren y decidan que las ideas o la manifestación de las mismas sea objeto de sanción administrativa, o incluso, que sean un delito. Es el riesgo que se corre con un criterio subjetivo de una autoridad que estime que una simple idea o comunicación de la misma perturbe el orden público, surgiendo consecuencias tanto para el sujeto pensante como para el sistema jurídico.

No obstante lo anterior, estamos ciertos de que la tarea no es nada fácil; sabemos que los funcionarios -porque al fin y al cabo, las autoridades se traducen en sujetos de carne y hueso-, otorgándoles el beneficio de la duda, cometen, como todo ser humano, errores al interpretar los hechos -ideas y manifestación de las mismas- y consideren que atacan a la moral, los derechos de terceros, provoquen algún delito o perturben el orden público. O, aún más, ¿qué sucede si en verdad las ideas y la manifestación de las mismas provoca cualquiera o las cuatro de las situaciones señaladas? ¿Qué garantía se tiene que sacrificar o qué garantía tiene que conservarse prevaleciendo sobre las demás? Situación nada fácil de resolver.

Sin embargo, hay quienes opinan que debe prevalecer sobre otras libertades la libertad de expresión pues: “...la libertad de expresión no es una libertad más que pueda ponerse en la balanza al lado de otras libertades posibles para pesarla y contrapesarla con ellas, prevaleciendo en unos casos y quedando limitada en otros... No es una entre otras libertades, sino el fundamento de todo el orden político.”⁶²

Y la justificación de la argumentación anterior -dice el mismo autor- está en la ““posición preferente” del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad como

⁶¹ CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México, México, Ed. Porrúa, 2005, pp. 380 - 381

⁶² LAPORTA, Francisco J. Cit. por CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 381

“...aquella tendencia jurisprudencial que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos.”⁶³ Argumentos con los cuales, aunque tienen mucho peso y sabemos que en ocasiones se presenta la jerarquización de derechos, no estamos de acuerdo en que la libertad de expresión prevalezca siempre sobre otros derechos fundamentales (tales como la vida o la misma libertad de otros individuos), pues basta recordar que eventos sangrientos o muy conflictivos se dieron a partir de que se informó a la opinión pública.

No obstante lo argumentado por nuestra parte, no entramos en contradicción alguna pues, seguimos sosteniendo y creyendo que la libertad es uno de los más preciados valores del ser humano y que el Estado no debe coartarla sino cuando se practique de manera irresponsable e irracional por parte de un sujeto en detrimento de la libertad de otro. Tampoco estamos de acuerdo -ya lo hemos argumentado- en que el individuo deba practicar el silencio por temor a la autoridad.

En cambio, sí apoyamos la libertad aun y cuando esté en contra de los intereses del Estado inquisidor. Aquí, en este último punto es donde sí estamos de acuerdo en que la libertad de expresión debe prevalecer, es decir, cuando el Estado y sus autoridades, principalmente las legislativas y las administrativas, pretendan las primeras con sus leyes y las segundas al ejecutarlas tan diligentemente, someter al individuo y condenarlo, no a una sanción judicial o administrativa, sino a una sanción más penosa y vergonzante, a saber: el silencio.

⁶³ Idem.

**CAPÍTULO TERCERO. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 89,
EN SU FRACCIÓN I Y PÁRRAFO IN FINE,
DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN**

Toca ahora el análisis del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación con la finalidad de llevar a cabo una apropiada exégesis de dicho artículo. Sin embargo, debemos advertir que no lo haremos de la totalidad del precepto mencionado, sino únicamente de su fracción primera y del último párrafo.

No obstante lo anterior, dado que dicho ordenamiento y precepto son netamente de índole fiscal, nos vemos en la obligación ética de brindar una breve introducción tanto de la relación como de la obligación jurídico-tributarias, para estar en posibilidad de entender las mismas, al relacionarlas con nuestro tema de estudio en este lugar del trabajo.

Así, sabemos todos de la obligación constitucional de contribuir para el gasto público de la nación. De esta manera, vemos que dicha obligación surge desde la propia Constitución Federal conforme a su artículo 31, fracción IV. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para que los individuos estemos en realidad obligados a contribuir, hace falta algo más. Ergo, estamos haciendo alusión necesariamente de la relación jurídico-tributaria, la cual se traduce como el vínculo jurídico que une al sujeto activo -que es la autoridad fiscal- con el sujeto pasivo -que es el particular- convirtiéndose así este último en contribuyente.

Pero, la relación jurídico-tributaria es apenas el comienzo, pues implica que el particular incidió en la hipótesis normativa, lo cual da inicio a la relación pero no necesariamente a la obligación de contribuir. ¿Qué es lo que sigue entonces? Que ahora se presente la obligación tributaria y con ella el debido cumplimiento de la misma. Y así, la autoridad fiscal -que es el sujeto activo- se convierte en acreedor y el contribuyente -que es el sujeto pasivo- se convierte en deudor de la contribución. Ahora sí, es hasta este momento cuando verdaderamente estamos obligados a contribuir para el gasto público. Por supuesto, estamos

hablando de manera general y no absoluta pues seguramente hay casos en que no es como lo describimos, aunque serían casos excepcionales.

Ahora bien, no toda obligación tributaria se traduce en el pago de contribuciones; también consiste en hacer algo que la ley ordena, en no hacer algo que la ley prohíbe y en tolerar la actuación de la autoridad cuando ejerza sus facultades de comprobación. Aún más, no sólo el contribuyente principal tiene la obligación tributaria sino también la tienen los responsables solidarios y los terceros relacionados con ellos. Y los terceros relacionados con el contribuyente somos, entre otros, los abogados, los contadores, los asesores, en fin, todos aquellos que le pueden prestar un servicio profesional. Así, es justamente en este punto donde se centra nuestro tema de estudio.

Aunado a lo anterior, de todos es sabido que las leyes fiscales son de difícil interpretación dado su contenido complicado y técnico, lo que hace confuso su entendimiento. Incluso, hay quienes sostienen que la mayoría de las leyes fiscales son contrarias tanto al mandato constitucional como al espíritu de las garantías cuando: "...previenen la obligación o el deber para el gobernado de efectuar trabajos obligatorios diversos a los establecidos en la Carta Magna, entre los que se encuentran: la retención, la adquisición y operatividad de las máquinas registradoras de comprobación fiscal y el dictamen fiscal; lo que indudablemente encierra una irregularidad constitucional, porque excede lo previsto en el artículo 5º de la CPEUM."¹ Es decir, obligaciones tributarias de hacer.

Pero el problema no es tanto la obligación tributaria a cumplir; ni siquiera lo es respecto a quiénes obliga. El verdadero problema radica en las leyes fiscales y, por supuesto, en los ineptos legisladores que elaboran leyes de materia fiscal que son contrarias a la Carta Magna. Dichos sujetos se olvidan -o no saben- del principio de legalidad consagrado en nuestra Ley Fundamental, además de que carecen de conocimientos jurídicos y más en concreto: fiscales, pues "...esta delicada tarea de arte y técnica en la formulación de buenas

¹ REYES ALTAMIRANO, Rigoberto. El aspecto fiscal de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su evolución y perspectiva, segunda reimpresión, México, Ed. Tax, 2003, p. 121

leyes fiscales, claras y sencillas, requiere de la previsión, disciplina y solidez conceptual que deriva del principio de legalidad.”²

En otras palabras, creemos firmemente que se necesita una preparación de nuestros legisladores para la elaboración de leyes, en especial leyes de naturaleza fiscal. Son de los ordenamientos más importantes del país dado que son los que procuran recursos económicos al mismo. Dichos sujetos deben tener un verdadero conocimiento no sólo para la elaboración de leyes fiscales, sino también y principalmente de la realidad del país, de las necesidades de la población, de los límites del Estado, pues: “...se interpreta no la Constitución en lo abstracto, sino la Constitución en concreto, que pone a los principios y preceptos en relación directa con las circunstancias actuales de la vida.”³

Y las circunstancias actuales de la vida obligan a que los sujetos creadores de la ley fiscal sepan descifrar la significación de actos, hechos, conductas, fenómenos sociales y políticos para tomarlos en cuenta cuando se elaboren leyes. Deben ser aptos para percatarse no sólo de lo anterior sino de la misma coexistencia de todos esos acontecimientos, pues: “Un aspecto importante que no debe ser omitido en nuestro estudio es la técnica empleada en la formulación de las leyes; técnica que es susceptible de comprender no sólo el aspecto formal de formulación del proyecto, sino los demás relacionados con las diferentes fases del proceso legislativo y que es necesario seguir con objeto de que culmine finalmente en una ley.”⁴ Aunque por nuestra parte añadimos que no sólo en una ley, sino en una buena ley y, en concreto, fiscal.

Y una buena ley fiscal no es simplemente la que “elaboraron” los legisladores a su conveniencia, no. Una buena ley es la que es obedecida y cumplida por los individuos a los que va dirigida. Y es una buena ley porque no contradice ni la Carta Magna ni el espíritu de la misma. Es verdad, nos estamos refiriendo a los efectos de la ley, dado que: “...puede comprender el conocimiento técnico de los efectos de la ley ya expedita para considerar si

² CARBALLO BALVANERA, Luis. “El principio constitucional de justicia fiscal”, en Principios Tributarios Constitucionales. Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1992, p. 86

³ REYES ALTAMIRANO, Rigoberto. Opus cit., p. 18

⁴ CARBALLO BALVANERA, Luis. Opus cit., p. 85

se corresponde con los propósitos perseguidos por el legislador, o sea una circunstancia cercana al conocimiento de la forma como la ley es interpretada.”⁵ Desgraciadamente, es cierto, nuestros legisladores carecen de todo este bagaje parlamentario, pues elaborar leyes para ellos es levantar el dedo cuando se les indica y bajarlo cuando son oposición.

No obstante lo comentado en las líneas anteriores, debemos señalar la exposición de motivos del legislador ordinario para la reforma al artículo en estudio. En dicha exposición indica la necesidad de la reforma para incluir en dicho precepto, como una infracción, la prestación de servicios que ocasione la omisión del pago de contribuciones.

Sin embargo, aclara el legislador, no se considera infracción el hecho de asesorar, aconsejar o prestar servicios para omitir el pago de alguna contribución cuando se manifieste en la opinión del tercero que el criterio contenido en ella es diverso a los criterios u opiniones de las autoridades fiscales o que su asesoría puede ser contraria a la interpretación de tales autoridades. Sólo que el legislador impuso una pequeña condición para que no se dé la infracción, a saber, que la opinión que se otorgue al contribuyente debe ser por escrito; de otra manera, si no existe tal escrito entonces se produce la infracción.

Aún más, dicho legislador advierte que con tal condición no se atenta contra la libertad de trabajo consagrada en el artículo 5to de la Constitución, sino que se reglamente por la norma ordinaria que se pretende salvaguardar un bien colectivo, que se traduce en el sostenimiento de los gastos públicos; por lo que los contribuyentes deben contribuir de manera proporcional y equitativa en dichos gastos.

El artículo 89 del Código Fiscal de la Federación anterior al vigente establecía:

“Son infracciones cuya responsabilidad recae sobre terceros, las siguientes:

I. Asesorar o aconsejar a los contribuyentes para omitir el pago de una contribución; colaborar a la alteración, inscripción de cuentas, asientos o datos falsos en la contabilidad o en los documentos que se expidan.

II. Ser cómplice en cualquier forma no prevista, en la comisión de infracciones fiscales.”

⁵ idem.

Como podemos observar, tal precepto contenía sólo dos fracciones y no tres como el precepto vigente; aunque cabe decir que la nueva fracción surgió sólo de la división que realizó el legislador ordinario de la fracción primera del 89 anterior. Se observa también que este último carecía del párrafo in fine que sí tiene el artículo 89 vigente. La pregunta es: ¿de dónde surge el último párrafo actual? Curiosamente, emana de la derogación de los artículos 91-C y 91-D del Código Fiscal de la Federación anterior a las reformas. Veamos esto último.

Los artículos en mención establecían:

“91-C. Es infracción de los contadores, abogados o cualquier otro asesor en materia fiscal, no advertir a los destinatarios de la opinión que otorgue por escrito, si el criterio contenido en la misma es diverso a los criterios que en su caso hubiere dado a conocer la autoridad fiscal conforme al inciso h) de la fracción I, del artículo 33 de este código.”

“91-D. Los contadores, abogados o cualquier otro asesor en materia fiscal que cometan la infracción a que se refiere el artículo anterior serán sancionados con una multa de \$20,000.00 a \$30,000.00.”

Mientras que el último párrafo del actual 89 del Código Fiscal de la Federación señala:

“No se incurrirá en la infracción a que se refiere la fracción primera de este artículo, cuando se manifieste en la opinión que se otorgue por escrito que el criterio contenido en ella es diverso a los criterios dados a conocer por las autoridades fiscales en los términos del inciso h) de la fracción I del artículo 33 de este Código o bien manifiesten también por escrito al contribuyente que su asesoría puede ser contraria a la interpretación de las autoridades fiscales.”

Vemos así que el artículo 91-C señalaba que los contadores, abogados u otro asesor en materia fiscal tenían como obligación otorgar por escrito su opinión cuando ésta fuera diversa a los criterios de la autoridad; en caso contrario se consideraría como infracción. Por su parte, el artículo 91-D sólo se concretaba a señalar la sanción correspondiente a los infractores que, por cierto, no se generalizaba como “terceros” sino que se identificaba con los contadores y abogados entre otros. Ahora bien, de un simple análisis de los tres preceptos reformados, se desprende que se sancionaban dos infracciones, a saber, las contenidas en el artículo 89 (es decir, asesorar o aconsejar) y la del artículo 91-C (o sea, no manifestar por escrito la opinión diversa a los criterios de las autoridades).

Así, al derogarse estos dos preceptos el 1º de octubre del 2007, la razón que expusieron nuestros legisladores ordinarios fue de que se derogaban en virtud de que el contenido de ambos artículos, con la reforma, se encontraría inmerso en los artículos 89 y 90, que entrarían en vigor el 1º de enero del 2008 y que son los que actualmente nos rigen.

Pero, no obstante las reformas y conforme a nuestro criterio, en esencia no hubo una reforma benéfica ni mucho menos sustanciosa, pues los legisladores ordinarios únicamente se concretaron a un simple reordenamiento y reacomodo de preceptos, pero que en realidad siguen contraviniendo a nuestra Carta Magna al violar las garantías individuales del trabajo y el de libertad de manifestar libremente las ideas. No importa que en la exposición de motivos el legislador manifieste que quienes asesoran, aconsejan o prestan servicios a los contribuyentes promuevan la elusión o la evasión fiscal a través de operaciones que ya hubieran sido dadas a conocer como prácticas fiscales indebidas, salvo cuando así lo manifiesten en la opinión que otorguen por escrito.

Por nuestra parte, afirmamos que el legislador está confundido al pensar que tienen más peso jurídico e importancia los criterios de una autoridad administrativa, en este caso la fiscal, que los criterios de la propia ley tributaria. Nosotros, por nuestra parte, creemos firmemente que la ley tributaria tiene mayor preponderancia y trascendencia jurídica que los mismos criterios de la autoridad fiscal.

3.1 Artículo 89, fracción I

Como consecuencia de lo anterior, este apartado lo iniciamos con un cuestionamiento respecto de la fracción I del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, a saber: ¿dicho texto legal, realmente corresponde a los propósitos perseguidos por nuestros legisladores? En otras palabras, no queda claro si se busca sancionar a los terceros por las infracciones en que incurran con su conducta ilícita o, si en realidad lo que se busca es que su conducta parezca ilícita con el fin de desalentarlos a ofrecer un servicio realmente profesional. Aclaremos, no nos referimos al asesoramiento para evadir el pago de contribuciones, ya que esta conducta sí debe ser sancionada. Nos referimos a la

intimidación por parte del legislador hacia los terceros y su práctica profesional en materia de contribuciones.

Aún más, cuando el legislador elaboró el artículo 89 que dice:

“Son infracciones cuya responsabilidad recae sobre terceros, las siguientes:

I, Asesorar, aconsejar o prestar servicios para omitir total o parcialmente el pago de alguna contribución en contravención a las disposiciones fiscales.”

En realidad lo que redactó es una falacia y en concreto, una anfibología. Esto último lo demostramos con los siguientes argumentos.

1. Cuando en el proemio señala que son infracciones en que incurren los terceros, no se sabe a ciencia cierta si el legislador se refiere a la asesoría, al consejo o al servicio prestados por el tercero, o por el contrario, a la omisión en el pago de las contribuciones. El contraargumento en nuestra contra sería que por supuesto se refiere a las tres primeras conductas; que es obvio que no se refiere a la omisión en el pago de contribuciones puesto que en este caso el sancionado sería el contribuyente y no el tercero. Por nuestra parte tendríamos que estar de acuerdo necesariamente, dado que si así no fuera, si no se refiriera sólo a las tres primeras conductas sino también a la omisión en el pago, se estaría violentando al artículo 22 constitucional que prohíbe las penas trascendentes. Y ya sabemos que el legislador ordinario no debe hacer leyes que contravengan a la Carta Magna.

2. Cuando en el mismo proemio señala que son infracciones cuya responsabilidad recae sobre terceros, no nos queda claro si el legislador hace alusión a la responsabilidad del tercero al prestar servicios de asesoría o consejería o a la responsabilidad en la omisión total o parcial del pago de contribuciones. Creemos que la respuesta inmediata del legislador ordinario sería en el sentido de que por supuesto se refiere a la responsabilidad del tercero al prestar servicios de asesoría y consejería al contribuyente para que éste, con base en tales servicios, omita el pago de contribuciones. No obstante ello, la redacción de tal precepto nos deja en la duda.

3. Por último, en la fracción I menciona tres conductas; la asesoría, la consejería y la prestación de servicios; aunque también se refiere a otra conducta que es la omisión en el pago de las contribuciones. Haciendo un poco de esfuerzo por nuestra parte, nos percatamos que las tres primeras conductas son realizadas por los terceros, mientras que la cuarta conducta -la omisión- se lleva a cabo por el contribuyente. Lo que no queda claro es qué contraviene a las disposiciones fiscales, si cualquiera de las tres primeras conductas, las tres en su conjunto o la cuarta conducta.

Estos tres argumentos no son meras doxas sino cuestiones muy importantes pues, con ellas queremos demostrar que el legislador ordinario no tiene claro qué propósitos busca alcanzar con la ley y, en concreto, con el proemio del precepto en estudio en relación con la fracción I. No se sabe con claridad si lo que busca es intimidar a los terceros para que dejen de prestar servicios serios, honestos y profesionales con la amenaza de que si el contribuyente deja de pagar contribuciones, también los terceros profesionistas serán responsables. O busque simplemente que los contribuyentes invariablemente paguen a pesar de los servicios de asesoramiento de un tercero. Quizás, una simple mayor recaudación de contribuciones y no otra cosa.

En realidad no sabemos -por nuestra parte- qué pretende el legislador con una disposición fiscal de tal naturaleza. Lo que sí sabemos es que coarta la libertad del tercero profesionista para asesorar, aconsejar o prestar servicios profesionales a quien lo solicite en materia fiscal, pues prácticamente obliga a dicho profesionista a decirle al contribuyente que de manera invariable pague tributos, independientemente si debe hacerlo o no. Lo cual conlleva a la contravención del artículo quinto constitucional en materia del trabajo libre, dado que el legislador subrepticamente impone condiciones al tercero profesionista para realizar su trabajo.

Ahora bien, sin ánimo de considerarnos correctores de estilo o diseñadores del mismo, para no quedar en la simple protesta y sí brindar una propuesta, nos atrevemos a mostrar tan sólo una de las diversas formas en que podría ser redactado el texto legal para que sea más entendible y no tan contradictorio ni tan ambiguo como lo es en la actualidad.

Artículo 89. “Son infracciones cuya responsabilidad recae sobre terceros, las siguientes:

I. La prestación de servicios de asesoría o consejería que brinden contraviniendo las disposiciones fiscales cuando, con una sola de dichas conductas o de manera conjunta, induzcan al contribuyente al que le prestan el servicio a la omisión total o parcial del pago de alguna contribución que efectivamente esté obligado a pagar”.

Insistimos, sólo es una redacción entre muchas otras diversas.

3.1.1 Responsabilidad de terceros

Por principio de cuentas, podemos observar que el precepto legal en estudio nos habla de terceros y de la responsabilidad de los mismos. Lo que debemos hacer entonces es saber primero qué debe entenderse por *tercero*.

Así, recordemos que en la relación jurídico-tributaria se habla sólo de dos sujetos, a saber: el sujeto activo o acreedor que sabemos es la autoridad fiscal, y el sujeto pasivo o deudor que es el contribuyente. Ergo, en la relación -como puede entenderse- sólo intervienen dos sujetos. En la obligación jurídico-tributaria sucede exactamente lo mismo. La pregunta entonces es, ¿de dónde surge el tercero y quién es? ¿Será acaso el tercero perjudicado a que hace referencia la Ley de Amparo; o el tercero interesado que tenga un derecho incompatible con las pretensiones del demandante conforme a la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, según la fracción III del artículo tercero? Sabemos que no es ninguno de los dos supuestos. Vamos, ni siquiera es el tercero que tiene relación jurídica de negocios, de trabajo o comerciales con el contribuyente.

¿Entonces? Entonces nos atrevemos a afirmar que se trata de un profesionista que originalmente entabla una relación de prestación de servicios profesionales con su cliente que es el contribuyente. Lo cual quiere decir que no necesariamente es un tercero, no al menos al principio, pues la relación de prestación de servicios se da entre el profesionista y el cliente. Que posteriormente la autoridad fiscal lo involucre en su afán inquisitorio es otra cuestión, siendo en ese momento en el que se convierte en un tercero, cuando en realidad

debería ser alguien ajeno a la relación jurídico-tributaria, y no uno más en dicha relación, pues la autoridad fiscal -insistimos- lo involucra coactivamente.

Aún más, creemos seriamente que el tercero es la autoridad fiscal por inmiscuirse indebidamente en una relación de prestador de servicios-cliente. No obstante lo anterior, dándonos a la tarea de investigar, encontramos lo que debe entenderse por tercero en el derecho administrativo, y que por cierto, nuestra materia es administrativo-fiscal, señalando que: “En Derecho Administrativo puede entenderse por tercero:

- a) Todo aquel frente al que se puede hacer valer un acto administrativo, y
- b) Aquel que tiene un interés jurídico directo en que se otorgue, o no, o en que se modifique el acto administrativo.”⁶ La pregunta es, ¿en cuál de los dos supuestos cae nuestro tercero?

Según lo anterior, nuestro tercero mencionado en el artículo 89, fracción I, del Código Fiscal de la Federación, podría ubicarse en el primer supuesto cuando lo autoridad fiscal haga valer contra él un acto administrativo, tal como el fincarle responsabilidad por haber cometido algunas de las infracciones señaladas y le imponga una sanción correspondiente.

Recordemos entonces que el acto administrativo no es sino una manifestación unilateral y externa de voluntad de una autoridad administrativa competente, y que en ejercicio de la potestad pública expresa una decisión. Sabemos también que con esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones.⁷ Por lo que la autoridad fiscal puede de manera unilateral imponer a un tercero la sanción que señala el artículo 90 del Código Fiscal de la Federación, consecuentemente de la responsabilidad fincada.

Pero, hablando precisamente del término *responsabilidad*, sabemos que deriva del latín *re* y *spondeere*, que significa responder o responsable. Y, en nuestro caso en estudio, el que es responsable o responde es el tercero que asesora, aconseja o presta servicios al

⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2001, p. 437

⁷ *Ibidem*. p. 419

contribuyente y como consecuencia, este último omite el pago de contribuciones. Y afirmamos que así es dado que el artículo 71 del mismo ordenamiento legal, establece que son responsables en la comisión de las infracciones que señala dicho Código, las personas que realicen los supuestos que se consideran como infracciones.

Sin embargo, analizando a detalle lo anterior y relacionando el artículo 71 con su diverso 89, fracción I, deducimos que el tercero es responsable cuando con su asesoría, su consejo o su servicio, el contribuyente no pague. Entonces, dicho tercero es culpable e incurre en responsabilidad por caer en el supuesto jurídico y se hará acreedor a una sanción administrativa. La pregunta es: ¿qué sucede cuando el tercero recomiende con su asesoría, consejo y servicio al contribuyente que no pague, y este último, desoyéndolo pague contribuciones? Interpretando a contrario sensu la fracción I del artículo 89, entonces ese tercero no sería culpable.

Ergo, ¿la cuestión importante para que el tercero sea o no responsable, es acaso el pago o no pago de las contribuciones por parte del contribuyente? Si así es, se trata de un absurdo. De esta forma, la autoridad fiscal sólo comprobará si el contribuyente omitió o no el pago de sus contribuciones para responsabilizar al tercero, independientemente de su asesoría o servicios. De esta clase de responsabilidad tratan nuestros legisladores.

3.1.2 Infracciones en que incurren los terceros

Podemos iniciar este apartado afirmando que las infracciones en que incurren los terceros son el asesorar, el aconsejar o prestar servicios para omitir total o parcialmente el pago de alguna contribución, tal como está en el texto legal en estudio. Sin embargo, no nos parece acertado de nuestra parte hacerlo de esta manera ya que estaríamos aceptando que efectivamente asesorar, aconsejar o prestar servicios son conductas por sí mismas ilícitas. Sinceramente no creemos que el tercero cometa alguna infracción cuando realice cualquiera de tales conductas o actividades, incluso si el contribuyente deja de pagar alguna contribución, dado que tal vez no tenga ningún gravamen a su cargo o, teniéndolo no paga,

pero por iniciativa propia y no porque el tercero le aconseje evadir responsabilidades fiscales.

Por lo tanto, veamos primero qué significan los términos que se consideran por el legislador como conductas o actividades infractoras. Así, en primer lugar tenemos al término asesorar, y éste proviene de *asesor*, que se traduce en dar consejo o dictamen; también significa tomar consejo del letrado asesor o consultar su dictamen; por lo que implica tomar consejo de otra persona o ilustrarse con su parecer.

Ahora bien, si asesorar proviene del término *asesor*, veamos entonces qué significa precisamente el vocablo asesor. Así, proviene del latín *assessor*, *-ōris*, de *assidere*, que se traduce en asistir, ayudar a otro. Pero también se puede entender como *el estar sentado al lado de*; incluso, se traduce como un consejero. Asesor, por tanto, es el sujeto que, por razón de su oficio debe aconsejar o ilustrar con su dictamen a otro. Luego, como consecuencia de lo anterior, podemos aseverar que la asesoría es la actividad que realiza un sujeto en razón de su oficio de asesor; por lo que puede decirse que la asesoría se traduce en el dicho de un letrado.

Por otra parte y en segundo lugar, tenemos al vocablo *aconsejar* que viene del latín *consilium* que significa consejo, lo cual se entiende como la sugerencia o recomendación. Por lo tanto, la sugerencia o recomendación es lo aconsejable o a la inversa, lo aconsejable es lo que se puede recomendar, es decir, dar consejo, tomar consejo o pedirlo a alguien. Aún más, inspirar algo a alguien.

Por último y en tercer lugar, tenemos la expresión *prestar servicios*. En términos simples diremos que implica precisamente brindar una asesoría o una sugerencia o recomendación a quien lo solicite. No obstante lo anterior, afirmamos que el prestador del servicio debe ser, precisamente, servicial, entendiendo por esto último el sujeto que sirve con cuidado; que presta su servicio con diligencia y obsequio; que está pronto a complacer y servir a otros.

Ahora bien, con base en lo anteriormente argumentado, aplicándolo a nuestra materia y tema de estudio, diremos que el tercero bien pudiera ser un profesionista versado en leyes, en contaduría o en administración de empresas (sin el ánimo de excluir a cualquiera otro) y que como tal, le resolverá dudas o interrogantes a un sujeto que por ley se le denomina contribuyente. Es decir, le dará asistencia en cuestiones de obligaciones fiscales.

Pero, cuando nos referimos al término *asistencia*, hacemos alusión a su definición etimológica, es decir, al latín *asistere*, que significa *pararse junto a...*, o *socorrer, auxiliar a alguien que lo necesita*. Y en materia fiscal, el contribuyente necesita que se pare junto a él, que lo socorra o auxilie un profesionista que le brinde precisamente los servicios de consejo o asesoramiento de manera diligente pero también, de forma seria y profesional.

Por otra parte, sabemos que es un hecho que el tercero preste el servicio de asesoría o consejo en materia fiscal a un contribuyente. Y lo sabemos porque este último tiene consagrado ese derecho desde la misma Constitución Federal (artículos 5to y 6to), pero también conforme a leyes secundarias tales como la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, la cual, en su artículo 1ro establece que dicha ley tiene por objeto regular los derechos y garantías básicos de los contribuyentes en sus relaciones con las autoridades fiscales. Aún más, en el párrafo segundo del mismo precepto legal, se señala que tales derechos y garantías son consagradas en beneficio de los contribuyentes.

Incluso, las mismas autoridades fiscales, conforme al artículo 33 del Código Fiscal de la Federación y para el mejor cumplimiento de sus facultades, pueden (y deben) proporcionar asistencia gratuita a los contribuyentes, procurando para ello dar a conocer en forma periódica los criterios no vinculativos de las disposiciones fiscales y aduaneras, mediante publicación que se realice en el Diario Oficial de la Federación.

Consecuentemente, si la misma autoridad fiscal puede brindar asesoría o asistencia al contribuyente que acuda a la misma, afirmamos nuevamente que la conducta en sí misma, es decir, la asesoría no puede ser una actividad ilícita que dé lugar a una infracción y por ende a una sanción. Si así fuera necesariamente, entonces la asesoría que brinde la

autoridad -de manera indefectible- se traducirá en que el contribuyente debe pagar, pues de lo contrario, si la asesoría de la autoridad fiscal fuera en el sentido de que el contribuyente no pague, entonces este último omitiría el pago de la contribución y por ende, la autoridad fiscal que brinda la asesoría incurriría en una infracción y merecería una sanción, cosa que resulta absurdo en cualquier sentido.

Además, por último, para saber si la asesoría, consejo o servicio prestado por el tercero en realidad son actividades ilícitas que ameritan una sanción, se deben realizar primero, incluso antes que se imponga la multa, las facultades de comprobación para que las autoridades fiscales descubran la comisión de las infracciones, derivando la omisión en el pago de las contribuciones, pero por el contribuyente asesorado y no por el tercero asesor. Lo anterior es así dado que lo prescribe el artículo 76 del Código Fiscal de la Federación, al señalar que la comisión de una o varias infracciones que origine la omisión total o parcial en el pago de contribuciones, debe ser descubierta por las autoridades fiscales al realizar sus facultades de comprobación -primeramente- y después, con base en ello, descubrir que efectivamente la comisión del ilícito fue como consecuencia de la asesoría o consejo del tercero que prestó el servicio.

3.2 Artículo 89, párrafo in fine

Continuando con la exégesis del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, pero ahora en lo que se refiere al párrafo in fine, diremos en cuanto al mismo que adolece de la misma deficiencia que la fracción I, dado que es ambiguo en su redacción y contenido. Veamos.

El párrafo in fine dice:

“No se incurrirá en la infracción a que se refiere la fracción primera de este artículo, cuando se manifieste en la opinión que se otorgue por escrito que el criterio contenido en ella es diverso a los criterios dados a conocer por las autoridades fiscales en los términos del inciso h) de la fracción I del artículo 33 de este Código o bien manifiesten también por escrito al contribuyente que su asesoría puede ser contraria a la interpretación de las autoridades fiscales.”

A primera vista encontramos una amenaza velada, oculta -en verdad lo creemos así. De manera subrepticia la autoridad le dice al tercero: “Si tu criterio es igual al mío, estás conmigo; tu criterio es diverso, entonces estás en mi contra, con todo lo que esto último conlleva.”

Así, en primer lugar, cuando dicta que no se incurrirá en la infracción (así, en singular) referida en la fracción primera, es obvio que da por hecho que las tres actividades son una sola, es decir, asesorar, aconsejar o prestar servicios es lo mismo. Pero, ¿entonces por qué en la fracción primera utiliza la disyunción “o” y no la conjunción “y”? Si las tres actividades fueran una y la misma no utilizaría “o” sino “y”, ya que la disyunción significa o una u otra pero no ambas. Como consecuencia, no se sabe en realidad si se refiere a las tres actividades o sólo a alguna de ellas.

En segundo lugar, conforme a su redacción, la asesoría, así como el consejo o los servicios prestados por el tercero son necesariamente una infracción y, además, indefectiblemente dan lugar a la omisión total o parcial del pago de contribuciones, ya que si el tercero asesorara y el contribuyente pagara, entonces no habría infracción alguna. En otras palabras, la distinción entre la comisión de la infracción o no comisión, es el pago de la contribución. No se paga: hay infracción. Se paga, ergo, no hay infracción.

En tercer lugar, el legislador se porta generoso y brinda la oportunidad de no incurrir en infracción alguna cuando el tercero que asesore, aconseje o preste servicios lo haga por escrito y en ese documento manifieste que su criterio es “diverso” -¿por qué no decir contrario?- al de la autoridad fiscal [artículo 33, fracción I, h), del Código Fiscal de la Federación]. Por lo tanto, consecuentemente y de manera indefectible, el criterio de tal autoridad siempre debe ser: “paga tus contribuciones”; mientras que el criterio “diverso” del tercero necesariamente tiene que ser: “no pagues contribuciones”, pues de otra forma no se daría la infracción.

Lo anterior se desprende de la redacción de la fracción primera del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, la cual señala que la infracción se da porque no se hace el pago de

contribuciones. Luego, el criterio de la autoridad cuando asesore no puede ser: "no pagues tus contribuciones" pues ella misma caería en la infracción y, el criterio del tercero, al tener que ser diverso diría: "paga tus contribuciones". Y por supuesto, esto último no puede ser una infracción. Lo mismo sucede con la segunda parte del párrafo en estudio cuando prescribe que también debe ser por escrito la manifestación que haga el tercero al contribuyente cuando su asesoría sea contraria a la interpretación de las autoridades fiscales.

Y, haciendo precisamente una interpretación, entendemos que el escrito del tercero debe ser entregado al contribuyente y así, ambos atenerse a las consecuencias. Surgen de esta forma cuestionamientos que, conforme a la ley no tienen una respuesta. Verbigracia: ¿El contribuyente debe acusarnos el recibo del escrito? ¿Cuánto tiempo deben conservarlos, tanto el tercero como el contribuyente? ¿Diez o cinco años? ¿Operará la caducidad conforme al artículo 67 del mismo ordenamiento? Insistimos, no hay respuestas para tales preguntas. Repetimos, el texto del párrafo en estudio es confuso y ambiguo dado que no se relaciona con otros preceptos del Código Fiscal de la Federación. Tal escrito nos parece más una confesión del tercero que un simple criterio.

3.2.1 Criterio del tercero y criterio de la autoridad fiscal

Ahora bien, el mismo párrafo menciona que existen dos criterios, a saber: el del tercero que ofrece la asesoría al contribuyente y el de la autoridad fiscal. Pero, ¿qué significa *criterio*? Viene del griego *Kritéerion*, que deviene a su vez de *krínein* y significa juzgar, juicio o ponderación. Así es que cuando se habla del criterio del tercero que brinda asesoría nos referimos al juicio o ponderación de aquél. Aunque lo mismo se puede decir del criterio que emite la autoridad.

Por lo tanto, cuando el tercero asesora o aconseja está emitiendo su criterio. Pero no estamos hablando de una simple opinión sino de un verdadero juicio; un juicio que se basó en la ponderación, es decir, en el peso de cada situación, de cada hecho, de cada documento del contribuyente. Recordemos que el tercero que asesora es precisamente un letrado, el

sujeto que “*está al lado del...*” contribuyente. Por lo tanto, ese tercero asiste, ayuda con su asistencia e ilustra al contribuyente. Por eso no es una simple opinión sino un verdadero juicio el que elabora. En esto radica el criterio del tercero, es decir, en una verdadera ponderación.

Con base en lo anterior, podemos aseverar que es mucho trabajo intelectual como para pensar que la asesoría, consejo o servicio de un tercero se reduzca a una simple opinión de no pagar contribuciones. Lo preocupante es que el legislador ordinario sí lo considera así; o sea, que todos los terceros son deshonestos y que simplemente aconsejan no pagar tributos. Tienen una visión de poco alcance intelectual.

Por otra parte, sabemos que la autoridad fiscal también emite su criterio y que puede (debe) ser tan profesional como el del tercero particular. Sin embargo, poco podemos decir de este criterio de la autoridad, salvo que se entiende que siempre será en el sentido que se debe pagar contribuciones pues lo contrario, es decir, no pagar contribuciones, significaría incurrir en una infracción y en un delito, por supuesto.

Por lo tanto, es conveniente no inventar ni imaginarnos criterios de la autoridad fiscal, sino conocer verdaderos criterios que ha emitido dicha autoridad, en concreto, los últimos que se emitieron por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el 26 de diciembre del 2008 y que fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación conjuntamente con la Tercera Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2008-2009 y sus anexos 1, 7, 11, 15, 19, 26 y 27. Con dicha Resolución se dio a conocer el nuevo anexo 26 que se denomina Criterios no vinculativos de las disposiciones fiscales y aduaneras.

Los tres nuevos criterios que se dieron a conocer son:

PRIMER CRITERIO

“17/ISR. No deducibilidad de la participación en las utilidades de las empresas pagada a los trabajadores a partir del 2005. Cuando en la sentencia o ejecutoria de amparo el juzgador no analiza y, por ende, no se pronuncia en otro sentido, no es procedente interpretar que por virtud de los amparos que se concedieron con relación a la fracción

XXV del artículo 32 del la Ley del Impuesto sobre la Renta para los ejercicios del 2002, 2003 y 2004, se pueda deducir la PTU pagada a los trabajadores a partir del 2005, ya que la fracción I, del artículo (sic) 10 y 61 permite su disminución de la utilidad fiscal.

Al respecto, recientemente la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 316/2008 resolvió que la fracción XXV del artículo 10 debe analizarse como un nuevo sistema normativo.

Por lo anterior, los amparos del artículo 32, fracción XXV y aquellos concedidos en conjunto con la fracción XIV del artículo segundo transitorio vigente a partir del 2004 no resultan aplicables contra el nuevo sistema normativo de no deducibilidad y disminución de la PTU vigente a partir de 2005.”

SEGUNDO CRITERIO

“02/IVA. Alimentos preparados para su consumo en el lugar de su enajenación. Se consideran alimentos preparados para su consumo en el lugar de su enajenación, los que resulten de la combinación de aquellos productos que, por sí solos y por su destino ordinario, pueden ser consumidos sin necesidad de someterse a otro proceso de elaboración adicional, cuando queden a disposición del adquirente los instrumentos o utensilios necesarios para su cocción o calentamiento.

Se ha detectado que algunas tiendas de las denominadas “de conveniencia” han aplicado equivocadamente el artículo 2-A, fracción I, inciso b) de la Ley del IVA y calculado el gravamen a la tasa del 0%, por las enajenaciones que realizan, no obstante que el último párrafo de dicha fracción los grava a la tasa general.”

TERCER CRITERIO

“01/IETU. Pagos con y entre partes relacionadas provenientes de transferencia de tecnología o informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas no son objeto de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única. La Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única establece en el segundo párrafo de la fracción I del artículo 3, que no se consideran dentro de las actividades a que se refiere dicha fracción, el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes con y entre partes relacionadas residentes en México o en el extranjero que den lugar al pago de regalías.

En este contexto cualquier pago que se efectúe por concepto de regalías, con la excepción del pago por el uso o goce temporal de equipos industriales, comerciales o científicos, no es objeto de la ley cuando se efectúe con y entre partes relacionadas.

En las consideraciones del dictamen de la iniciativa respectiva en la parte conducente se establece claramente que la excepción anterior: “...obedece a que se ha identificado que los pagos de regalías se han utilizado como medios para erosionar la base del ISR...”.

Igualmente se dice que: "...la relación existente entre partes relacionadas permite flexibilizar las operaciones que realizan entre ellas y generalmente acuden al pago de regalías para reducir el gravamen en México y situar el ingreso en el extranjero...".

También se menciona: "...que las regalías, al ser bienes intangibles, son de fácil movimiento y ubicación en las transacciones que se efectúen con y entre partes relacionadas y de difícil control para la autoridad fiscal, lo que permite la realización de prácticas elusivas, tanto en la determinación de su valor económico como en su transmisión... incluso cuando los pagos de regalías se realizan aparentemente en condiciones de mercado".

Por todo lo anterior, se considera que no son objeto del impuesto empresarial a tasa única los ingresos que deriven de la transmisión de los derechos de bienes intangibles previstos en el artículo 15-B del Código Fiscal de la Federación".

De los criterios antes mencionados, podemos concluir que para la autoridad fiscal predomina el pago de contribuciones. Así es que no resulta extraño que los criterios de un tercero que asesora sea distinto del criterio de la autoridad fiscal.

3.2.2 Condicionante del escrito

Iniciamos este apartado con la siguiente reflexión: los gobernados queremos tener no sólo la seguridad sino también la certeza jurídica de que las autoridades respeten la Constitución y por ende, a las mismas garantías, nuestras garantías. Y no estamos pidiendo algo imposible o que vaya en contra de las mismas disposiciones constitucionales; al contrario, únicamente solicitamos el respeto de las autoridades hacia nuestra esfera jurídica. Claro está, lo anterior implica desde luego por nuestra parte también el respeto a la legalidad, la observancia de las leyes.

Sabemos y estamos conscientes los gobernados de que tenemos obligaciones jurídicas; somos sabedores de ello y lo aceptamos. Conocemos que debemos cumplir con lo que prescriben las diversas normas y que, por lo tanto, no siempre estamos para pedir sino también hay que dar, verbigracia: dar cumplimiento a las normas jurídicas. Luego, no nos colocamos en el papel del sujeto que quiere todo y no desea dar nada. No tenemos esa concepción de las cosas, no al menos en el Derecho. Pero sí, por supuesto, estamos en

contra de que las autoridades, de cualquier naturaleza, contravengan la Constitución y por ende, nuestros derechos subjetivos.

Con base en lo último es que queremos -insistimos en ello- la seguridad y certeza jurídicas. Es decir, si sabemos que: “La palabra “seguridad” deriva del latín securitas,-atis, que significa “cualidad de seguro” o “certeza”, así como “cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación”,⁸ entonces, deseamos que la cualidad del ordenamiento jurídico en materia fiscal se identifique con lo que prescribe la Constitución Federal. Queremos tener la certeza de que las normas jurídicas de la ley fiscal no nos priven indebidamente de nuestros derechos constitucionales. Así, de esta manera, se espera su aplicación por parte del gobernante; que se prevea, sí, pero ajustándose a lo debido, es decir, a lo que dicta la Carta Magna.

Ahora bien, ¿qué queremos significar con todo lo anterior? ¿Exactamente a qué nos referimos? A la violación que cometió el legislador con la condicionante que impuso al tercero profesional que asesora, al prescribirle que emita su criterio sí, pero por escrito. Con esta condicionante contraviene lo dispuesto por los artículos 5to y 6to de la Constitución.

Dicha condicionante se encuentra en el párrafo in fine del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación: “... cuando se manifieste **en la opinión que se otorgue por escrito** que el criterio contenido en ella es diverso a los criterios dados a conocer por las autoridades fiscales en los términos del inciso h) de la fracción I del artículo 33 de este Código o bien **manifiesten también por escrito** al contribuyente que su asesoría puede ser contraria a la interpretación de las autoridades fiscales”. ¿Por qué no debe ser la condicionante del escrito? ¿Debido a qué consideramos que es violatorio de la Carta Magna? Veámoslo.

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las Garantías de Seguridad Jurídica. Colección Garantías Individuales, 2ª. ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005, p. 11

Recordemos que ninguno de los artículos constitucionales citados (5to y 6to) establecen el requisito de que se preste un servicio o trabajo por escrito o que la manifestación de las ideas (en nuestro caso la asesoría) sea por escrito. La obligación es más bien para las autoridades, conforme al primer párrafo del artículo 16 constitucional, donde se establece que el mandamiento de la autoridad debe ser por escrito. No obstante lo anterior, el legislador impuso indebidamente al tercero que asesora, aconseja o presta servicios al contribuyente, emita su opinión por escrito. Nos preguntamos, ¿con qué finalidad? ¿Cuál es la teleología de dicha imposición?

Volvemos a citar el párrafo in fine del artículo en estudio que a la letra dice: “**No se incurrirá en la infracción** a que se refiere la fracción primera **cuando se manifieste en la opinión que se otorgue por escrito** que el criterio contenido en ella es diverso a los criterios dados a conocer por las autoridades fiscales en los términos del inciso h) de la fracción I del artículo 33 de este Código o bien **manifiesten también por escrito** al contribuyente que su asesoría puede ser contraria a la interpretación de las autoridades fiscales.” Como podemos observar, no incurrimos en infracción si externamos nuestra opinión por escrito. A contrario sensu, emitimos nuestra opinión pero no por escrito, entonces incurrimos en infracción.

Para terminar este tercer capítulo, insistimos en esto: no concordamos con la idea de que un contribuyente evada el cumplimiento de responsabilidades y obligaciones fiscales; tampoco lo estamos en que como profesionistas prestemos un servicio para convertirnos en cómplices de contribuyentes evasores, “torciendo” la ley. Pero menos aún coincidimos en que los legisladores vulneren los derechos de los gobernados, tanto de los contribuyentes como de los que llaman de manera generalizada “terceros”. Estamos ciertos que nosotros, los profesionistas, tenemos la obligación de hacerle saber a la gente, que pueden y deben ejercer su libertad pero con la idea de obedecer a ley y no así de contravenirla porque de esta manera conviene a sus intereses -a veces egoístas- en perjuicio del orden común.

**CAPÍTULO CUARTO. LA FRACCIÓN I Y PÁRRAFO ÚLTIMO
DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN
ATENTAN CONTRA LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES
DE LIBERTAD DEL TRABAJO Y DE
LIBERTAD DE EXPRESIÓN.**

Al iniciar este cuarto y último capítulo de nuestro trabajo de investigación, recordamos lo que hemos argumentado con insistencia, a saber, lo valioso que es para el ser humano el poder manifestarse; sin embargo, como lo hemos sostenido, es más importante aun el tener la libertad de hacerlo realmente.

No obstante lo anterior, no basta que el individuo desee manifestarse y que pueda hacerlo, sino que desea manifestar sus ideas, sus propias ideas, no las que le imponga una autoridad. De otra forma ¿para qué querrá el individuo la libertad de manifestarse libremente cuando se le coartan sus ideas y sólo se le permite expresar aquellas ideas que le fueron impuestas? Así, la ley debe garantizar la libertad de manifestar libremente las ideas propias de cada individuo, sin tener que ceñirse a criterios de autoridad alguna ni a condiciones que contravengan a un ordenamiento supremo, a pesar de que dichas condicionantes vengan de los legisladores ordinarios.

Sin embargo, es el momento de hablar en concreto del individuo a que nos referimos en líneas anteriores y que el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación denomina como “tercero”. Por nuestra parte no dudamos en llamarle profesionista o, más aún, contador y abogado. Luego, primero dilucidaremos lo que debe entenderse por “profesionista” y como consecuencia de ello, deduciremos qué podemos entender por abogado y prestador de servicios profesionales, dado que es el que más conocemos por la naturaleza de nuestra profesión.

4.1 Ley Reglamentaria del artículo 5to. constitucional

Para alcanzar el objetivo planteado en el párrafo anterior, es necesario llevar a cabo un somero análisis de la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, pero sólo respecto de algunos preceptos de dicha ley. Verbigracia, tenemos al artículo 1º, que establece que una persona puede obtener el título profesional una vez que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios para ello. También el artículo 3º, que señala que a esa persona, a quien legalmente se le expidió el título profesional o grado académico equivalente, puede por tanto obtener cédula de ejercicio con efectos de patente.

Aunque es el artículo 24 el que prescribe qué se entiende por ejercicio profesional. Y así, para los efectos de la ley en estudio, el ejercicio profesional se traduce en la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o también la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de una simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias u otro modo.

Con base en lo anterior, podemos entonces afirmar que el profesionista es aquel individuo que ha obtenido un título profesional dado que concluyó una serie de estudios relativos a su ciencia y que por ende, tiene los conocimientos indispensables para prestar un servicio, puesto que posee también y como consecuencia de lo anterior, la patente para ostentarse como un profesionista, aunque su servicio sea una simple consulta, pues, en el caso de los abogados es por lo regular, la manera en que inicia su trabajo.

4.1.1 Ejercicio profesional. Conocimientos científicos

Ahora bien, en el ejercicio de la profesión, trátese del profesionista que sea, este último tiene la obligación, no sólo ética y moral sino también legal, de aplicar todo su bagaje cultural y racional para brindar un servicio que mínimamente satisfaga los intereses del cliente (siempre y cuando no violen la ley ninguno de ambos: profesionista y cliente).

Es verdad, esto lo señala la ley en análisis en su artículo 33, cuando prescribe que el profesional, al prestar un servicio a su cliente, está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos, de manera concomitante con el desempeño del trabajo que fue convenido por ambas partes.

Y aunque lo anterior parece simple, en realidad no lo es. Al contrario, reviste demasiada importancia y trascendencia, lo que demostraremos enseguida con los argumentos que de manera implícita se desprenden de la sentencia contenida en el precepto en cita.

1. Sabemos que desde hace siglos el individuo se ha impuesto como tarea llegar a la verdad, conocer la verdad. Ya los primeros filósofos y juristas buscaron afanosamente tanto en la naturaleza del ser humano como en el orden jurídico la verdad de las cosas. Así, esta búsqueda de la verdad se ha convertido en una facultad-obligación de todo individuo, pero no para poseerla y atesorarla como si fuera un conocimiento esotérico, sino más bien para convertirla en un acontecimiento exotérico. No obstante, sabemos -estamos ciertos de ello- de la problemática que lo anterior representa pues cada sujeto tiene su “verdad” de acuerdo a sus convicciones e intereses. De esto sabemos mucho en cada litigio. Sin embargo, el profesional, en este caso el contador o el abogado, tiene la obligación de alcanzar la verdad legal al interpretar los acontecimientos a la luz del Derecho, en nuestra materia, el tributario, aplicando los conocimientos y las técnicas alcanzados durante su vida profesional y así emitir un criterio jurídico, que puede estar o no acorde con los criterios que emita la autoridad fiscal, sin que ello signifique que se contravenga la ley tributaria.

2. El argumento anterior tiene su base en el hecho de que el profesional, sea el contador o el abogado, no debe emitir su criterio basado en su creencia o ideología sino en una exégesis que esté a razón de la ley, es decir, sistemática; no sólo de un precepto y de una ley sino de la concordancia de varios preceptos de las leyes necesarias. Así, la veracidad del criterio del profesional no emana de su sola apreciación de los hechos únicamente sino también de la verdad que se encuentra contenida en la ley tributaria (cuando no contraviene a la Constitución pues en este caso se está a la verdad de este ordenamiento supremo).

Demasiado peligroso resulta entonces para el orden jurídico la subjetividad del profesionista ya que con ello no puede saberse a ciencia cierta si su criterio es falso o cierto.

3. De esta manera, lo que implica el párrafo anterior es el verdadero estudio por parte del profesionista, principalmente en el caso concreto del abogado al prestar éste el servicio de asesoría o de brindar consejos a sus clientes cuando estos últimos son contribuyentes. Así, la verdadera deontología de esto último radica en el estudio serio y pormenorizado que realiza el abogado y obtener verdaderos conocimientos científicos y verterlos al asunto en concreto de su cliente. No olvidemos que en este supuesto, la relación es entre el profesionista-abogado y su cliente y no así con la autoridad. Aún más, el profesionista le presta el servicio a su cliente y no a la autoridad; ergo, no tiene porqué ser acorde el criterio del abogado con el criterio de la autoridad fiscal.

4. Como consecuencia de esto último, resulta demasiado atentatorio el que se reglamente la libertad de expresión y, más aún, se establezca una amenaza al profesionista de que sus criterios contrarios a los de la autoridad fiscal son verdaderas infracciones, o que se someta su expresión a una condicionante como el hecho de que sea por escrito. Esto no sólo atenta contra la libertad de la manifestación de las ideas, sino que va más allá, atacando y coartando el verdadero estudio, serio y científico del profesionista, así como las técnicas aprendidas durante su vida profesional por el sólo hecho de que al legislador ordinario no se le ocurrió otra cosa sino sólo sancionar.

Pero la sanción ya no es únicamente a quien manifieste un criterio diverso al de la autoridad; ya no es sólo a la libre manifestación de las ideas; tampoco es por el hecho de dar a conocer la verdad en su criterio; sino incluso, creemos seriamente que la verdadera sanción, aunada a las tres cuestiones anteriores, es al conocimiento científico y a los recursos técnicos. El legislador ordinario le puso un verdadero freno y serio obstáculo al estudio científico del profesionista.

5. Así, como corolario de los argumentos anteriores, concluimos este apartado con la siguiente idea: **la verdad, es que la verdad no debe ser normada.** Tal vez podrá ocultarse

por un tiempo pero jamás someterse. No existe un mejor conocimiento si no es el que nos conduce a la verdad y, no existe una mejor verdad que aquella que nos haga libres de la ignorancia, del desconocimiento y por ende, del sometimiento. Ergo, conocimiento y verdad están fuertemente unidos y están anidados en el entendimiento humano. Por ende, el profesionista -el contador o el abogado- no debe sujetarse al entendimiento estrecho y limitado del legislador ordinario a pesar de las intimidaciones de este último; ni tampoco, por miedo a represalias, debemos estar de acuerdo con el criterio de la autoridad fiscal pues ambos -legislador y autoridad fiscal- dan por sentado que los criterios del profesionista son falsos, o peor aun, que son ilegales y que por ende, deben ser sancionados, tanto los criterios como los profesionistas.

Luego, no es difícil vislumbrar que la intención del legislador es establecer una verdad de Estado, una verdad oficial, una que se convierta en dogma, con las dos partes que intervienen en el dogma, a saber, la autoridad que no admite réplica en contrario y el sujeto que se subordina a la verdad de dicha autoridad. Incluso cuando no se esté de acuerdo con el dogma o, peor aun, cuando el subordinado esté consciente de la falsedad del criterio de la autoridad. Con este tipo de medidas legislativas, el “creador de la ley” nos regresa al Medievo.

4.1.2 Obligación del profesionista de brindar un servicio honesto

Iniciamos este apartado con una interrogante respecto de lo argumentado en el párrafo anterior, a saber: ¿al prestar un servicio, qué otra cosa existe además de los conocimientos científicos y recursos técnicos que debe tomar en cuenta el profesionista? Sin duda alguna la respuesta es: la honestidad.

Emanado de dicha respuesta surge otro cuestionamiento: ¿el contenido de la respuesta es ético o legal? Por supuesto que la primera respuesta tiene ese doble contenido pues, los abogados tenemos, como seres humanos, una formación de eticidad, pero también de legalidad. Sabemos que diversas leyes nos obligan a actuar con ética pero también dentro del marco legal. En este último supuesto tenemos precisamente la Ley Reglamentaria del

artículo 5º constitucional, la cual, en su artículo 6º establece que en caso de que se presente un conflicto de intereses entre el profesionista y la sociedad a la cual se debe, prevalecerán los intereses de esta última sobre los individuales del profesionista dado que la ley en estudio será interpretada a favor de los intereses colectivos. Estas premisas traen como conclusión que el profesionista debe actuar con honestidad, velando más por los intereses de la sociedad que por los propios.

Por otra parte, el Diccionario de la Real Academia Española define a la profesión como el empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución. Ergo, el servicio que presta el profesionista es en realidad su empleo o facultad y que ejerce pretendiendo una remuneración. Esta última representa los intereses del profesionista pero, aun así, no están por encima de los intereses de la sociedad, pues ya hemos dicho que de acuerdo con la ley, por profesión se entiende la actividad de los particulares hacia y en la sociedad. Aunque el ejercicio de tal actividad debe sujetarse a normas y requisitos que la ley en estudio establece y que, como ya los señalamos, consisten en obtener un título que le acredite haber cursado los estudios que integran la carrera profesional de que se trate, el registro de éste y la obtención de una cédula profesional que sirve como patente para ejercer la profesión. En nuestro caso, de prestar servicios profesionales en materia fiscal y tributaria.

Lo anterior lo prescribe el ya citado artículo 24 de la Ley Reglamentaria en estudio; aunque también, conforme al artículo 36 del mismo ordenamiento se obliga al profesionista a guardar la secrecía, tema que abordaremos y desarrollaremos en el siguiente párrafo. Pero, lo importante es en realidad la prestación del servicio, observando y respetando la honestidad, que se puede traducir precisamente en la eticidad, la legalidad y la secrecía.

No obstante lo anterior, una pregunta obligada es: ¿quién cuida al profesionista para que preste el servicio con honestidad? La respuesta es, de acuerdo con la ley y la doctrina: “Los profesionistas de una misma rama profesional, para dignificar la profesión que profesan (que ejercen), así como para vigilar que la misma se lleve a cabo en el más alto nivel ético y legal, para la defensa de sus intereses profesionales se agrupan constituyendo los llamados

colegios profesionales. Por colegio profesional, de acuerdo con la ley de la materia, debe entenderse la asociación civil de una determinada rama profesional, que se constituye para la defensa del interés de la profesión de que se trate.”¹

Y así debe ser, el profesionista tiene la obligación de ejercer su profesión en el más alto nivel ético y legal. Pero recordemos que nuestro profesionista es el contador o el abogado que prestan una asesoría o un consejo en materia tributaria y, aunque el criterio de dicho profesionista sea contrario al criterio de la autoridad fiscal o tributaria, debe ser honesto al darlo a conocer. ¿Y qué sucede cuando los dos criterios, el del profesionista y el de la autoridad, coinciden? Sucede que el profesionista abogado o contador también debe darlo a conocer, sólo que ahora al cliente al que le prestan un servicio.

4.1.3 Obligación del profesionista de guardar secreto

Un deber más que tiene el profesionista que presta el servicio es la obligación de guardar secreto. Esto está prescrito por el artículo 36 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional que se analiza, cuando dice que todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo aquellos informes que deban rendir obligatoriamente cuando así lo establezcan las leyes respectivas.

Pero, ¿cómo sabe el profesionista de hechos, datos o acontecimientos de su cliente? Lo sabe precisamente por el ejercicio de su profesión cuando el cliente que recibe la asesoría o consejo tiene que confesarle lo más relevante e importante de su situación jurídica. En nuestro caso, el contador o el abogado llegan a saber de tales datos cuando el contribuyente pide su asesoría o consejo en asuntos de naturaleza tributaria. Aunque también la vía de conocimiento puede ser por la misma actividad que realiza el abogado o contador al revisar la contabilidad o documentación relacionada con la situación del contribuyente.

¹ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Derecho y ejercicio profesional. Aspectos legales de las profesiones, México, Ed. Trillas, 2004, p. 25

Ahora bien, ya quedó claro que el profesionista está obligado a guardar la secrecía de lo que se le confiere o llega a saber por su misma actividad. También ya quedó claro que lo está porque así lo prescribe la ley. Incluso, en el Código Fiscal de la Federación, conforme a su artículo 111, en su fracción VI, se establece como delito el hecho de que un sujeto por sí o por interpósita persona divulgue la información confidencial proporcionada por terceros en casos de visitas domiciliarias y revisión de gabinete.

Sin embargo, el artículo 36 en análisis señala que el profesionista sí está obligado a rendir informes cuando así lo establezcan las leyes respectivas. Ergo, ¿cuáles son esas leyes que obligan prácticamente al profesionista a romper el secreto que guarda? Es el mismo Código Fiscal de la Federación. que ordena en varios de sus preceptos legales (42-II y III, 42-A, 46 y 48) que los terceros que tengan relación con el contribuyente y que obtengan información del mismo están obligados a proporcionar datos, informes o documentos a las autoridades fiscales cuando estas últimas así lo requieran para el ejercicio de sus facultades de comprobación.

4.2 El profesionista es el tercero a que hace referencia el artículo 89 del C.F.F.

Con todo lo afirmado anteriormente, creemos que ha quedado claro que el tercero a que hace referencia el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, en su primer párrafo, es el profesionista que presta el servicio. Pero dicho profesionista es el contador o un abogado (incluso podría ser un administrador); por lo tanto, el tercero es cualquiera de los tres, y, en nuestro caso muy en particular, lo es el abogado. Luego, surge la necesidad de saber con más detalle qué significa ser un abogado y aún más, qué implica que este último sea un profesionista.

Se dice por la doctrina que un “...abogado es la persona que, con título legalmente expedido sobre estudios de la ciencia jurídica, en forma cotidiana, se dedica profesionalmente a resolver consultas sobre asuntos de Derecho y a asesorar personas en asuntos jurisdiccionales y judiciales...”² Definición de la cual se desprenden los siguientes

² RODRÍGUEZ CAMPOS, Ismael. Las profesiones jurídicas, México, Ed. Trillas, 2005, p. 13

elementos: título legalmente expedido; estudios de la ciencia jurídica; actividad profesional; resolver consultas sobre cuestiones jurídicas; y, asesorar personas ante tribunales. No obstante ello, por nuestra parte añadimos los siguientes:

1. Con el título y su cédula de patente se le autoriza legalmente para ofrecer sus servicios.
2. Por ende, está legalmente autorizado para representar a su cliente por ser éste a quien le presta sus servicios.
3. Representa a su cliente no sólo ante autoridades administrativas sino también ante las jurisdiccionales o judiciales.
4. Defiende los derechos e intereses de su representado o cliente.
5. Efectivamente brinda asesoría, pero no sólo ante tribunales sino también ante autoridades administrativas y legislativas.
6. Elabora los escritos necesarios para ser presentados ante las diversas autoridades respecto de asuntos de distinta naturaleza, pero principalmente legales.
7. Es el que profesa el Derecho, haciendo de este último su actividad diaria.
8. Es un sujeto versado en la ciencia del Derecho; ergo, sabe el Derecho.
9. Es un estudioso del Derecho y por ende, escribe sus reflexiones y conocimientos de carácter jurídico.

Y aunque con toda seguridad nos pasó desapercibida alguna cuestión, los elementos anteriores son suficientes para percatarnos de que el abogado -como profesional- tiene un quehacer constante, a saber, la cultura de la legalidad. Lo anterior implica que el abogado no debe hacerse cómplice de actos ilícitos que le propongan sus clientes o asesorados; antes bien, debe fomentarles el cumplimiento de las leyes y, en nuestro trabajo específico, cumplir con la ley tributaria. Incluso, yendo más allá, se dice por la doctrina que: “El abogado digno debe luchar diariamente por conquistar la justicia, debe mantener esa lucha cumpliendo de su propia esencia, debe luchar contra el poder mal ejercido, contra la intolerancia, la ignorancia, contra la incultura y contra todo lo que signifique ausencia de dinamismo jurídico.”³

³ Ibidem. p. 20

Por nuestra parte afirmamos que el abogado, como profesionalista y asesor o consejero de contribuyentes; debe poseer la visión para cubrir con una sola mirada toda la complejidad del problema que le plantea dicho contribuyente; debe saber cuáles son los motivos que orillaron a un contribuyente a actuar de determinada forma para saber si continua con la misma actuación o cambia de estrategia; debe ser capaz de saber y de saber ver lo que el contribuyente no puede, para así, de esta manera, aconsejarle lo que más conviene sin contravenir la ley tributaria; debe saber involucrarse ante la problemática pero también saber el límite permitido para ello; debe poder vislumbrar si el acto de autoridad es en realidad una injusticia o si el contribuyente simplemente no quiere cumplir con una obligación tributaria.

Pero, más allá de su relación con el cliente o contribuyente, el abogado, como profesionalista y como tercero en la relación jurídico-tributaria, debe saber involucrarse también en los acontecimientos de la realidad; saber si una ley es en verdad violatoria de la Constitución; saber en todo caso porqué es violatoria dicha ley tributaria; debe estar atento en los fenómenos que se presentan en la sociedad, principalmente de los hechos y actos de la autoridad que pueden perjudicar indebidamente a los gobernados, que en este supuesto son los mismos contribuyentes. Pero sobre todo, debe estar a la altura de cualquier individuo que defienda a otro que está en desventaja ante la autoridad.

¿Por qué esto último? Porque sabemos que autoridad significa el ente u órgano de gobierno con plenas facultades para decidir y ejecutar su decisión, trastocando así al gobernado en su esfera jurídica. Sus facultades de decisión y ejecución se traducen en hechos y actos de naturaleza jurídica, entendiendo por los primeros: “...un acontecimiento de la naturaleza o del hombre al que el derecho le reconoce expresamente en el orden jurídico consecuencias de derecho (...)” y por los segundos: “...una manifestación de voluntad, encaminada a provocar o producir efectos de derecho, con la manifiesta intención de que se realicen esos efectos.”⁴

⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel. Opus cit., p. 417

¿La importancia de lo anterior? La clara manifestación de la autoridad legislativa al modificar al Código Fiscal de la Federación en su artículo 89 y con ello provocar efectos de Derecho tales como provocar serias limitantes a la libertad del trabajo y a la manifestación de las ideas, con la clara intención de que produzcan los efectos de manifestar nuestro criterio por escrito cuando la Carta Magna no impone tal condicionante. Al no ser de esta manera, y si nuestro criterio es diverso al de la autoridad tributaria, entonces estamos incurriendo en una infracción administrativa, e incluso, posteriormente de carácter penal.

Y, ¿a quién le afecta en realidad tal acto jurídico legislativo? No a los contribuyentes; tampoco a la autoridad administrativa fiscal; menos todavía al legislador ordinario. ¿Entonces? El artículo 89 en cita se refiere a *los terceros*. Pero ya ha quedado claro que esos terceros son los profesionistas que asesoran, aconsejan o prestan un servicio en materia tributaria; aún más, que los terceros -que son los mismos profesionistas- son los contadores, abogados y otros y, en nuestro caso y por nuestra profesión, lo es en realidad y en concreto el abogado que asesora a un contribuyente. Toca entonces a este último profesionista defenderse de tal acto jurídico legislativo.

4.3 El artículo 89 del C.F.F. contraviene la garantía de libertad de trabajo del profesionista al condicionarle la prestación de su servicio profesional

Ya hemos señalado que, según el legislador ordinario y conforme al proemio del artículo 89, los terceros cometen infracciones. Sabemos también que los terceros son en realidad los profesionistas que pueden incurrir en tales infracciones. Ahora bien, estas últimas se cometen cuando dichos profesionistas prestan un servicio personal profesional que se traduce en la asesoría o consejo que se brinda a un contribuyente y que, como consecuencia de lo anterior, ese contribuyente omite parcial o totalmente el pago de contribuciones, contraviniendo con ello la ley tributaria.

¿De qué manera el profesionista puede librarse de cometer la infracción y no hacerse acreedor a una sanción? Cumpliendo con la exigencia del legislador de que, sea cual fuera su criterio emanado de la asesoría o consejo, debe -el profesionista- manifestarlo por

escrito. De otra forma, cuando la opinión se dé a conocer, pero no por escrito, entonces se incurre en la infracción a que hace referencia la fracción I del artículo en mención.

Tal es la alternativa, a saber, cometer o no la infracción o, en otras palabras, emitir nuestro criterio por escrito -como nos somete la ley contraviniendo a la Constitución- o no hacerlo de esta manera -pero sí conforme a la Carta Magna aunque desobedeciendo la ley secundaria- y atenernos a las consecuencias jurídicas.

Consecuentemente, al imponernos una ley secundaria, en concreto el Código Fiscal de la Federación conforme a su artículo 89, párrafo in fine, una condicionante que no existe en el artículo 5º constitucional, está contraviniendo no sólo al máximo ordenamiento del país sino que se está violando la garantía de libertad del trabajo, consagrada y resguardada por el mismo precepto constitucional.

Por otra parte, los abogados (como terceros y profesionistas que somos conforme al artículo 89 del Código Fiscal de la Federación) nos preguntamos (de la misma manera lo harían los contadores): ¿Acaso no somos todos iguales ante la ley? ¿Por qué sólo a los profesionistas que brindamos un servicio de asesoría o de consejo en materia tributaria se nos condiciona nuestro trabajo al necesariamente tener que emitir nuestro criterio por escrito o de otra forma sería una infracción? Las respuestas por nuestra parte son que todos somos iguales ante la ley y que el legislador ordinario viola la garantía de libertad del trabajo, pero también y de manera conjunta la garantía de igualdad contenida implícitamente en el mismo artículo 5º constitucional. Así lo establece el siguiente criterio judicial.

1.- Registro No. 6510

Asunto: AMPARO EN REVISIÓN 147/99.

Promovente: INSTITUTO MAURER, S.A.

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XI, Junio de 2000; Pág. 170;

Registro No. 191689

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

XI, Junio de 2000

Página: 26.

Tesis: P. XC/2000

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional

GARANTÍA DE IGUALDAD. ESTÁ CONTENIDA IMPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 5º CONSTITUCIONAL. El análisis del primer párrafo del artículo 5º constitucional, que establece: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...”, *permite constatar, en principio, que este precepto garantiza a todos los gobernados, entre otras cosas, el ejercicio de las libertades de comercio y de industria que sean lícitas y, en segundo término, que esa facultad se otorga a todas las personas sin distinción alguna, es decir, sin hacer diferencias de nacionalidad, raza, religión o sexo, ya que su contenido no establece salvedad alguna al respecto;* circunstancia que constituye un fundamento importante de la garantía de libertad de comercio, ya que el artículo 5º constitucional, al permitir a todas las personas ejercer el comercio o la industria que les acomode, siempre y cuando sean lícitos y no opere alguna de las limitantes a que alude el mismo numeral, excluye implícitamente de tal prerrogativa todo trato desigual que no pueda ser justificado constitucionalmente o apoyado en el interés público, puesto que no debe soslayarse que el disfrute pleno de la garantía otorgada por la carta magna en el imperativo de cuenta exige necesariamente la actualización del principio de igualdad material o real entre los titulares de esa garantía, dado que jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, cuyo número es indeterminado, que participen de la misma situación, tengan la posibilidad y la capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y obligaciones que emanen de la ley aplicable frente al Estado, lo cual estará en función de sus circunstancias particulares. *En este sentido, el numeral 5º constitucional prevé sustancialmente ese principio fundamental de igualdad, en virtud de que tiene como finalidad colocar a todos los gobernados, cualquiera que sea su categoría o condición social, en igualdad de condiciones frente a la necesidad de vida de escoger el comercio, el oficio, el trabajo o la industria que les acomode, con las únicas salvedades de que éstos sean lícitos y de que no ataquen los derechos de terceros ni ofenda los intereses de la sociedad.*

(El subrayado es nuestro)

Amparo en revisión 2352/97. United International Pictures, S. de R.L. 6 de marzo de 2000. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Presidente Genaro David Góngora Pimentel, José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot. Alfredo E. Báez López

Amparo en revisión 222/98. Twentieth Century Fox Film de México, S.A. 6 de marzo de 2000. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Presidente Genaro David Góngora Pimentel, José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alfredo E. Báez López

Amparo en revisión 2231/98. Buena Vista Columbia Tristar Films de México, S. de R.L. de C.V. 6 de marzo de 2000. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Presidente Genaro David

Góngora Pimentel, José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Guillermo I, Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alfredo E. Báez López

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de mayo en curso, aprobó, con el número XC/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintinueve de mayo de dos mil.

Como podemos constatar conforme a este criterio judicial, el artículo 5° constitucional nos coloca a todos los profesionistas en un estado de igualdad dado que también somos gobernados. Por lo tanto y con base en tal principio fundamental de igualdad, los abogados y los contadores -o terceros como nos denomina el legislador- tenemos el mismo derecho, la misma facultad de escoger nuestro trabajo cualquiera que sea nuestra categoría o condición social, en igualdad de condiciones frente a los otros profesionistas; por supuesto, con las únicas salvedades de que nuestro trabajo sea lícito y no ataque los derechos de terceros ni ofenda los intereses de la sociedad. ¿Por qué? Porque estamos conscientes también que nuestra libertad no es absoluta, ni irrestricta ni ilimitada.

1.- Registro No. 5532

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/98.

Promovente: MINORÍA DE LOS DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA LXVIII LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Marzo de 1999; Pág. 355;

Registro No. 194152

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

XI, Abril de 1999

Página: 258.

Tesis: P./J. 29/99

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5º., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5º., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona* a la satisfacción de los siguientes

presupuestos: a) que no se trate de una actividad ilícita; b) que no se afecten derechos de terceros; y, c) que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer supuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo supuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley a favor de otro. Finalmente, el tercer supuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que *existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado.*

(El subrayado es nuestro)

Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos, Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 29/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

En otras palabras, sabemos como gobernados, como profesionistas, pero principalmente como abogados, que existe un valor superior al individual, que se traduce en la convivencia y bienestar social, por ejemplo cuando se pagan las contribuciones. Esto sin duda implica que se protege el interés de la sociedad por encima del particular, y entonces nuestra libertad se limita cuando con ella se afecta ese interés mayor.

No obstante lo anterior, continuamos afirmando que el hecho de no emitir nuestro criterio por escrito -asesoría o consejo en materia tributaria- no vulnera necesariamente la convivencia, ni el interés, ni el bienestar social, aun cuando la asesoría consistiera en el no pago de contribuciones, dado que no todos los gobernados tienen la obligación de pagarlas.

Como consecuencia, argumentamos de nueva cuenta que el legislador ordinario contraviene el artículo 5º constitucional y, por ende, viola la garantía de la libertad del trabajo cuando a una parte del todo, es decir, al *tercero*, al profesionista, al abogado fiscalista lo somete a

una condicionante que ni la propia Constitución establece, a saber, emitir su trabajo y criterio por escrito, incluso a pesar de que con dicho criterio no se afecte el interés social, o sea, que el trabajo y la actividad sean lícitos. Pero, si no es a todos los profesionistas y únicamente a una parte de ellos, entonces el legislador ordinario no sólo viola la garantía de escoger libremente el trabajo que más acomode, sino también la garantía que se encuentra implícita en el mismo precepto constitucional, es decir, la de igualdad.

1.- Registro No. 5532

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/98.

Promoviente: MINORÍA DE LOS DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA LXVIII LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Marzo de 1999; Pág. 355;

Registro No. 194151

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

XI, Abril de 1999

Página: 258.

Tesis: P./J. 29/99

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

LIBERTAD DE TRABAJO. EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE RESTRINGIR ESA GARANTÍA A GOBERNADOS EN PARTICULAR. Del análisis cuidadoso del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que *el Poder Legislativo puede, al emitir una ley, restringir la libertad de trabajo de una manera general, impersonal y abstracta, determinando que una actividad es ilícita, pero de ninguna manera puede establecer restricciones a esa garantía en relación con gobernados en particular, aunque éstos se mencionen de modo implícito*, de modo tal que una vez aplicada a ellos la disposición, ésta pierda su eficacia. La razón radica en que la ley debe tener los atributos señalados y, *además, en que el propio precepto constitucional reserva a la función judicial y a la administrativa ese tipo de restricciones personales* al determinar que la libertad ocupacional puede vedarse por resolución judicial, cuando se afecten derechos de terceros, y por resolución gubernativa, en los términos que señale la ley, cuando se afecten derechos de la sociedad.

(El subrayado es nuestro)

Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos,

Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 29/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Novena época, Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. IX, abril de 1999, tesis P/J. 29/99, p. 258

Así, se deduce de lo anteriormente argumentado que el legislador no puede elaborar leyes que contravengan a la Carta Magna. Recordemos que la libertad es un derecho humano y que una de sus formas es precisamente la libertad de elegir el trabajo que sea lícito. Sin duda, el verdadero ejercicio de ese derecho humano es el momento de elegir el trabajo lícito; pero sabemos que quien tiene la libertad de elegir es la persona que desea dedicarse a una profesión o trabajo, por lo que al elegir hace valer su derecho humano de la libertad, no sólo de índole laboral sino también económico, social, cultural y, principalmente, intelectual.

Luego, no es justo ni legítimo que el legislador ordinario -desconociendo la propia Carta Magna- elabore leyes que restrinjan la libertad del trabajo del profesionista que presta sus servicios en materia tributaria, al condicionarle la prestación de su servicio profesional a la emisión de su criterio en una forma escrita, o de lo contrario, se hará acreedor a una sanción por haber cometido una infracción. Aunque, como veremos a continuación, con esta condicionante no sólo se contraviene la garantía del trabajo, sino también la garantía de la libre manifestación de las ideas.

4.4 El artículo 89 del C.F.F. contraviene la garantía de libertad de expresión del profesionista al condicionarle la libre manifestación de su criterio en forma escrita.

Iniciamos con una pregunta: ¿tendrán en mente nuestros legisladores, al crear una ley, el beneficio o perjuicio que pueden causar no sólo al ser humano sino incluso a instituciones de diversa índole, tales como la libertad y la libre manifestación de las ideas? Pensamos que no, que en la mayoría de las ocasiones en que legislan, lo único que tienen en mente es elaborar una ley pragmática pero no benéfica ni menos aún legítima. Un

ejemplo de ello es el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, en su párrafo in fine, que hemos venido analizando. Sólo que ahora es respecto de la contravención al artículo 6º constitucional y, por ende, a la garantía de la libre manifestación de las ideas.

Dicha garantía libertaria no es una más, cualquier garantía entre muchas otras, no. Estamos hablando de la libertad y, en concreto, de la libertad constitucional, es decir, aquella que no puede ser ignorada por las autoridades judiciales ni administrativas, menos por las legislativas, pues con tal derecho humano fundamental no sólo se está en posibilidad de expresarnos, sino de expresar precisamente nuestras ideas e, incluso, por los medios permisibles. Claro está, observando por nuestra parte las limitantes a esta clase de garantía.

Está claro que cuando nos referimos a *nuestras ideas*, con esta expresión queremos significar todo el bagaje cultural del que somos poseedores y que por lo tanto incluye todas las ideas de diverso contenido. ¿Qué hacemos con todo ese bagaje cultural, con todo ese conocimiento? Sin lugar a dudas, expresarlo, comunicarlo, compartirlo con los demás. Esto no es una utopía sino una realidad. Una realidad que está garantizada por el artículo 6º constitucional cuando ordena que la libre manifestación de las ideas no puede ser objeto de inquisición alguna, ni judicial ni administrativa. Tal es el espíritu del artículo sexto constitucional, con el cual no coincide el contenido del artículo 89, párrafo in fine, del Código Fiscal de la Federación

1.- Registro No. 19994

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 45/2006 Y SU ACUMULADA 56/2006.

Promovente: PARTIDOS POLÍTICOS ACCIÓN NACIONAL Y CONVERGENCIA..

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Febrero de 2007; Pág. 1185;

Registro No. 172477

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

XXV. Mayo de 2007

Página: 1522.

Tesis: P./J. 24/2007

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6º. Y 7º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO. *Los derechos fundamentales previstos en los preceptos constitucionales citados garantizan que: a) La manifestación de las ideas no sea objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o perturbe el orden público; b) El derecho a la información sea salvaguardado por el Estado; c) No se viole la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia; d) Ninguna ley ni autoridad establezcan censura, ni exijan fianza a los autores o impresores, ni coarten la libertad de imprenta; e) Los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia sean el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ese sentido, estos derechos fundamentales de libre expresión de ideas y de comunicación y acceso a la información son indispensables para la formación de la opinión pública, componente necesario para el funcionamiento de una democracia representativa.*

(El subrayado es nuestro)

Acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006. Partidos Políticos Acción Nacional y Convergencia. 7 de diciembre de 2006. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

El Tribunal Pleno, el diecisiete de abril en curso, aprobó, con el número 24/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecisiete de abril de dos mil siete.

Así, con fundamento en la anterior tesis jurisprudencial, repetimos que la libertad de manifestar nuestras ideas es un derecho fundamental por ser constitucional y, que tal derecho debe ser resguardado por el Estado. No obstante ello, el legislador ordinario se comporta de un modo inquisidor.

¿Por qué esto último? Porque un ordenamiento secundario contraviene a otro primario, es decir, el Código Fiscal de la Federación contraviene a la Carta Magna. ¿Cómo y cuándo? Al condicionar que sea por escrito la manifestación de las ideas, es decir, cuando la asesoría, consejo o servicio que se preste cumpla con este requisito. ¿Qué requisito impone la Constitución? ¿Qué también sea por escrito la manifestación de las ideas, es decir, la asesoría o consejo? No, la Constitución no impone tal requisito ni otro que se le parezca, sólo el respeto a la moral, a los derechos de terceros, al orden jurídico y al orden público; pero nada dice respecto de que las ideas se den a conocer por escrito. ¿Por qué lo hace

entonces un ordenamiento secundario como el Código Fiscal de la Federación contraviniendo a la Carta Magna que es un ordenamiento superior? Creemos que es por simple desconocimiento del legislador.

Aún más, la violación por parte del legislador a la Carta Magna y por ende a la garantía de la libertad de manifestar nuestras ideas es incluso más grave. ¿Por qué? Porque el legislador, sin ser autoridad judicial ni administrativa, somete a la libre manifestación de las ideas a un procedimiento inquisidor. Peor aún, lleva a cabo una previa censura a la asesoría o al consejo del profesionista cuando este último presta un servicio en materia tributaria a un contribuyente. La cuestión es que, ambos casos: la inquisición y la previa censura están prohibidas por la Carta Magna.

1.- Registro No. 19994

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 45/2006 Y SU ACUMULADA 56/2006.

Promovente: PARTIDOS POLÍTICOS ACCIÓN NACIONAL Y CONVERGENCIA..

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Febrero de 2007; Pág. 1185;

Registro No. 172478

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

XXV. Mayo de 2007

Página: 1521.

Tesis: P./J. 27/2007

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ARTÍCULO 55, NUMERAL 2, PRIMERA PARTE, DE LA LEY ELECTORAL DEL ESTADO DE ZACATECAS, VIOLA ESE DERECHO FUNDAMENTAL. El citado precepto, al prever que el Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Zacatecas supervisará que el contenido de los mensajes que quieran emitir los contendientes en unas elecciones reúnan los requisitos que señale la propia Ley Electoral local o los que el propio consejo establezca y, en caso contrario, ordenará la suspensión *debidamente fundada y motivada, viola los artículos 6º. y 7º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíben la previa censura y las restricciones a la libre expresión, pues establece un sistema de control previo de los mensajes de la campaña política por razón de su contenido* (...) En efecto, la facultad que la primera parte del numeral 2 del artículo 55 de la Ley Electoral del Estado de Zacatecas otorga al Consejo General del Instituto Electoral de dicho Estado, instaura un sistema de

censura previa en la difusión de mensajes políticos, que permite a dicha autoridad impedir la difusión de los mensajes que los partidos y coaliciones quieran comunicar a la ciudadanía en ejercicio de sus actividades y funciones ordinarias *y es, por tanto, incompatible con el derecho de libertad de expresión en los términos garantizados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

(El subrayado es nuestro)

Acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006. Partidos Políticos Acción Nacional y Convergencia. 7 de diciembre de 2006. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

El Tribunal Pleno, el diecisiete de abril en curso, aprobó, con el número 27/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecisiete de abril de dos mil siete.

Y aunque estamos conscientes de que la anterior tesis jurisprudencial no se refiere en concreto al artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, sí en cambio hace mención de la prohibición por parte de la Constitución de la previa censura y las restricciones a la libre expresión. Así, esto último puede aplicarse debidamente al mencionado artículo 89 del ordenamiento en cita, cuando con éste, el legislador previamente censura que la asesoría, consejo o servicio que preste un tercero a un contribuyente, necesariamente es para cometer el delito de defraudación fiscal, es decir, para omitir total o parcialmente el pago de las contribuciones.

De esta manera, el legislador ordinario se convierte en una autoridad inquisidora y elabora una previa censura del contenido de la asesoría que se brinda a un contribuyente, con lo cual, el legislador establece un sistema de control previo respecto de dicha asesoría o consejos que, en la actualidad debe ser por escrito. Todo esto conforme al artículo 89 en estudio. Sí, efectivamente, esto que ha hecho el legislador ordinario resulta ser incompatible con el derecho de libertad de expresión en los términos garantizados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia de lo anterior, es decir, de la reforma que hizo el legislador al artículo 89 del Código Fiscal de la Federación? La consecuencia es que el Estado, a través de sus autoridades legislativas, interviene e interfiere en la manifestación y

en la comunicación de las ideas del gobernado -en este caso, el tercero profesional que presta el servicio de asesoría o consejo en materia tributaria-, convirtiéndose -el Estado- en un régimen opresor y al mismo tiempo en opositor a las libertades. En concreto, la libertad de la manifestación de las ideas.

4.5. El acto legislativo

Ha quedado claro que el legislador contraviene la Constitución, en concreto, los artículos 5º y 6º -y por ende las garantías individuales contenidas en dichos preceptos-, con las reformas al Código Fiscal de la Federación, en su artículo 89, para el ejercicio fiscal 2008 y que actualmente se encuentra vigente. ¿Por qué insistimos tanto en ello? Porque, sin tratar de ser historiadores y menos aún en materia constitucional, sabemos que sólo un documento como la Constitución puede frenar la ambición de los que gobiernan; también sabemos que no son pocos los que detentan el poder por mera casualidad; que muchos de ellos no tienen la debida preparación para saber gobernar y que, como consecuencia, sólo se reduce su gobierno a mandar, pero no a gobernar. Y elaboran para ello leyes que les otorguen más poder para tener la sumisión de los que consideran sus súbditos, sus subordinados, sus gobernados, mas no lo que son en realidad, a saber: sus administrados.

Y precisamente, una clase de gobernantes de los que hacemos referencia lo es el Poder Legislativo. Y lo es cuando -con la facultad que le fue otorgada- crea leyes que no sólo no promueven la libertad de los ciudadanos ni tampoco la necesaria división de poderes, sino que incluso, lo que logra es en ocasiones la complicidad de tales poderes. Esto es lo contrario a lo que establece la Constitución. Tesis que sostiene la doctrina cuando argumenta que: "...la Constitución promueve la libertad de los destinatarios del poder o ciudadanos al establecer las normas que distribuyen las funciones estatales entre los diferentes detentadores del poder: la famosa técnica de la separación de los poderes."⁵ Los legisladores ordinarios no deben olvidar este principio constitucional.

⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 274

Y no deben olvidarlo pues el Poder Legislativo es uno de los órganos del gobierno que siempre está inmerso en el proceso de formación de leyes. Y al estar inmersos los legisladores en tal proceso están obligados a realizar actos, en concreto, actos legislativos como el medio para expedir una ley. Por lo tanto, los legisladores son los más obligados en saber qué significa lo anterior.

Así, por proceso de formación de la ley: “Entiéndase por tal la serie ordenada de actos que deben realizar los órganos del gobierno facultados para ello, a fin de elaborar, aprobar y expedir una ley o un decreto.”⁶ Pero, para llevar a cabo un proceso de formación de leyes, antes hay que llevar a cabo un proceso de formación de razones teleológicas de dicha ley.

En otras palabras, el legislador debe conocer plenamente los hechos que motivan la creación de una ley y unirlos a los hechos que se esperan obtener con la misma. Esto es necesariamente así, pues conforme a la Constitución, la ley debe ser anterior al hecho y no posterior a él (artículo 14). Esto no es fácil, pero se puede lograr “...cuando se distingue el objeto de la norma, de la ocasión; es decir, del motivo contingente y del complejo de los motivos contingentes que inspiraron al formulador de la norma.”⁷ Y el objeto de la norma -creemos- es regular, mas no necesariamente reprimir, menos aún reprimir un hecho. En otras palabras, no debe ser la ley posterior al hecho y que, con un sentido inquisidor, sancione ese hecho anterior, como lo es una asesoría o consejo de un profesionista.

El legislador debe estar en constante prueba y por ende, la ley que elabora; por lo que debe saber perfectamente el objeto de la ley que crea; pero aún más, saber si ese objeto es permisible y acorde con la Constitución. De no ser así, dicho legislador sólo expide leyes que se ameritan según la ocasión o incluso, según los tiempos electorales. Y afirmamos por nuestra parte, que algo tan importante como lo es el acto legislativo de crear una ley, va más allá de la simple ocasión o de los pobres intereses partidistas pero no sociales.

⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario de Derecho Constitucional, Coordinador Miguel Carbonell, México, Ed. UNAM-Porrúa, 2002, p. 494

⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V. Opus cit., p. 278

4.5.1 Como violador de la garantía individual

Como podemos inferir, el acto legislativo es muy importante y trascendente. Demasiado como para que el legislador ignore no sólo al acto legislativo sino al mismo proceso de formación de leyes e, incluso, al objeto de la norma y sus razones teleológicas. Y nos atrevemos a afirmar lo anterior cuando vemos, sabemos y padecemos leyes que el legislador creó únicamente para la ocasión y en la mayoría de las veces, para conseguir un escaño y vivir cómodamente siendo nuestro *representante*.

No obstante lo anterior, aclaramos que no nos interesa demostrar el desconocimiento del legislador sino lo que en realidad implica así como sus consecuencias. Pero, ¿y acaso es necesario que el legislador sepa, conozca? ¡Por supuesto que sí! Y no sólo los hechos, la realidad, sino también lo que es un proceso legislativo. Y, en palabras de la doctrina: “El proceso legislativo es, en parte, una forma del proceso cognoscitivo; mediante él se busca el conocimiento de una materia para normarla, sentenciarla o resolverla; implica, además, la posibilidad de conocer la norma en sí, saber de su oportunidad y de su adecuación a la conducta, situación o hechos susceptibles de ser reglados.”⁸ En nuestro caso, para la finalidad de este trabajo de investigación, ¿cuál es la materia que debe conocer el legislador? La libertad.

Pero al hablar de la libertad, necesariamente lo hacemos de la libertad de un ser humano y, en concreto, de sus libertades. Así, éste es un punto en donde el legislador debe aplicar el proceso cognoscitivo para llevar a cabo el proceso legislativo. Es decir, si el legislador debe normar la libertad -la materia de la norma- está obligado a saber no sólo lo que es la libertad en sí misma, sino qué clases de libertades existen y, además, saber que tales libertades están protegidas, como derechos fundamentales, por la Constitución.

Ergo, cuando el legislador ignora esto y legisla, su acto legislativo no es sino un acto violatorio de la Carta Magna pues, “Una violación a esa clase de normas implica que no hubo un conocimiento o una discusión seria de la iniciativa, y esto puede dar lugar a que el

⁸ ARTEAGA NAVA, Elisur. Derecho Constitucional, 2ª. ed., México, Ed. Oxford, 1999, p. 190

producto final se estime violatorio de las garantías individuales.”⁹ Y esto último es lo que sucedió cuando el legislador reformó el Código Fiscal de la Federación, en concreto, el artículo 89 de tal ordenamiento, violentando con ello, como ya lo hemos demostrado, los artículos 5º y 6º constitucionales. Así, cuando el legislador, con su acto legislativo reforma el precepto que se cita del Código Fiscal de la Federación, censura previamente no sólo el contenido de una idea sino a la misma libertad de expresión del profesionista que presta un servicio.

Esto último resulta absurdo, dado que con la libertad se pretende que no exista censura de ideas y no la inversa, es decir, que con la censura a una idea se dé la prohibición de la libertad. Pero la censura no se da por sí; al contrario, se impone por un acto humano. Esto es preocupante dado que propicia la intolerancia. Sin embargo, lo es aún más cuando ese acto humano se convierte en legislativo. En otras palabras, que el propio encargado de velar por las garantías y libertades, sea el mismo sujeto que las censura. Es decir, es el mismo legislador quien, con su acto legislativo, con su proceso legislativo -pero sin el proceso cognoscitivo- propicia la censura.

Así, se sostiene por la doctrina que: “La libertad de expresión tiene como consecuencia la prohibición de toda forma de censura, en un doble sentido: a) no se puede censurar a los interlocutores en cuanto sujetos dotados de la posibilidad de participar en los debates de la *res publica*; y b) no se pueden tampoco censurar -al menos de forma previa- los contenidos posibles de la discusión; en principio, todos los temas son discutibles dentro de una democracia y por tanto sobre todos ellos se proyecta la libertad de expresión.”¹⁰ Y así es efectivamente, no se puede censurar la libertad de expresión de los interlocutores que, en nuestro trabajo de investigación son los profesionistas que prestan un servicio de asesoría a los contribuyentes, ni tampoco se puede censurar de manera previa el contenido de dicha asesoría en materia fiscal.

⁹ Ibidem. p. 191

¹⁰ CARBONELL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 373

Ahora bien, si el término censura significa juzgar ya que deriva del latín *censere*, y si dicho acto de juzgar lo lleva a cabo el legislador con su acto legislativo, entonces, dicho sujeto es el censor, o sea, el que juzga. Pero lo hace de forma previa al hecho; por lo tanto, tal censura se reduce a reprimir la libertades, siendo precisamente por ende un acto represivo. Ergo, el acto legislativo es, gracias al legislador, un acto represivo; y lo es cuando contraviene a la Constitución. Así, "...hay un segundo concepto de censura que es el que corrientemente se usa, y llega a incorporarse en lo psicológico, en lo ético y en lo jurídico. En esta segunda acepción, la censura es la nota, corrección, modificación o reprobación de alguna conducta o de alguna cosa. O sea, que censura equivale a represión, y no a juicio valorativo."¹¹

Cabe preguntarnos entonces, ¿qué se entiende por censura previa? En términos generales podemos decir que es la prohibición por parte de la autoridad hacia el particular, al negarle la autorización para poder expresarse libremente. Sin embargo, una idea más extensa es la que brinda la doctrina: "Tradicionalmente, el concepto de censura previa implicaba una prohibición para la autoridad administrativa, que no podía imponer la necesidad de contar con una autorización previa para expresar o imprimir determinados documentos. Censura previa era, desde este punto de vista, el hecho de tener que contar con esa autorización. Hoy en día, sin embargo, los teóricos han ampliado ese concepto de modo que actualmente por censura previa se entiende "Toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento..."¹² Así, es en verdad preocupante que el legislador ordinario continúe con esa tradición y que al mismo tiempo aplique el concepto actual de censura previa.

Tradicionalmente, cuando impone al profesionista que presta el servicio de asesoría o consejo a un contribuyente lo haga por escrito. Esa es la autorización, es decir, la condición es hacerlo por escrito o de otra manera, tal profesionista incurrirá en una infracción administrativa. Por otra parte, aplica el concepto actual al querer tener el control de los servicios que presta el profesionista; pero -creemos- el control no es sobre la expresión,

¹¹ CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 131

¹² CARBONELL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 374

sobre la manifestación, sino -lo más grave- acerca del contenido de esa expresión, es decir, las ideas del profesionista. Pero además restringe, de manera previa y anterior, el contenido de las ideas vertidas en la asesoría o consejo del profesionista, al considerar que necesariamente van en contra de los ordenamientos fiscales; que indefectiblemente inducirán al causante a no contribuir.

Pero el legislador también lo hace de manera posterior; restringe el pensamiento posteriormente al imponer la condición de que, en el escrito que se tiene que elaborar de forma forzosa, nuestra opinión es contraria a la interpretación de las autoridades fiscales. Preguntamos entonces, ¿qué cliente puede confiar en un profesionista que le dice que sus ideas son contrarias a la ley y a la interpretación de la autoridad fiscal, con la subsecuente preocupación de que dicha autoridad actuará en contra no sólo del profesionista sino de manera principal en contra del contribuyente si éste no acata la interpretación de tal autoridad? Respondemos que pocos clientes o ninguno. Y lo argumentado en estos dos párrafos lo encontramos en el artículo 89 multicitado, en concreto, en el primer y último párrafos así como en la fracción I.

Aclaremos nuevamente que no estamos a favor de la defraudación fiscal, no. Al contrario, nuestra postura es contribuir para las necesidades colectivas. En lo que no coincidimos con el legislador es en la censura; en ningún tipo de ella, tampoco de la previa. Además, la interrogante es, ¿de qué clase de autoridad moral presume el legislador ordinario cuando decreta que se le devuelva la contribución que pagó? Afirmamos que no tiene ninguna autoridad moral para calificar al profesionista en general como un sujeto deshonesto que aconseja el no pago de contribuciones.

No estamos argumentando que si ellos no pagan nosotros tampoco, no. Hemos individuos que no necesitamos ni queremos privilegios para evadir nuestra responsabilidad social; antes bien, estamos conscientes de nuestra tarea colectiva, incluso restringiendo nuestras propias libertades, aunque lo anterior no implica que nos sometamos de manera proclive a las irracionalidades del legislador. No defendemos el no pago; defendemos la

libertad de expresar nuestras ideas, tomando en cuenta las limitaciones que señala la Constitución, no así las que se le ocurren al legislador.

Como bien lo expresa la doctrina: “...dichos funcionarios -los censores- valoran en su criterio muy personal qué es lo moral o lo inmoral, qué lo amenazante para el sistema y qué lo inocuo, qué lo conveniente para la colectividad, y qué lo inconveniente. Cuando censuran, paralizan la libre expresión de las ideas.”¹³ Y cuando paralizan la libre expresión de las ideas, entierran en el olvido las luchas tan cruentas y las miles de muertes que se han dado en aras de la libertad. Los herederos de ese derecho fundamental -la libertad- no olvidamos tal sacrificio y deseamos honrar a quienes lo merecen defendiendo nuestra libertad, aun en contra del acto legislativo de quien -paradójicamente- vela por dicha libertad.

Por ello, no debemos permitir la censura previa ni posterior por parte del legislador pues, “La extensión de esta práctica puede ser la muerte de la libertad de expresión del pensamiento en cualquiera de sus medios posibles y la entronización definitiva de la censura previa.”¹⁴ De esta manera nos cuestionamos, ¿qué perseguía el legislador ordinario cuando reformó el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación? ¿Será acaso la muerte de la libertad de expresión del pensamiento o la entronización de la censura definitiva?

Por nuestra parte nos atrevemos a afirmar que persigue no una sino las dos cosas, la muerte de la libertad de expresión y, como consecuencia de ello, la entrada y permanencia de la censura. De esta forma, con el artículo 89 del ordenamiento en cita, el marco legal -aunque de manera absurda- se convierte en inconstitucional y por ende, en ilegítimo. ¿Por qué? Porque con esas medidas de ocasión o electorales, el legislador lo que hace es imponer miedo a pensar, tanto al profesionista que presta sus servicios de asesoría al contribuyente como a este último.

Por lo tanto, el acto legislativo es violatorio de la Constitución, en sus artículos 5º y 6º

¹³ CASTRO, Juventino B. Opus cit., p. 136

¹⁴ Ibidem. p. 137

4.5.2 Como protector de la garantía individual

En apartados anteriores hemos hecho referencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y comentado brevemente su artículo 19. De este precepto emana la idea universal de la libertad de opinión y expresión; es decir, no sólo es para un país y para un nacional de ese país sino para todo individuo en cualquier parte del mundo. Por tal razón señala que no hay limitación de fronteras. Pero, ¿para quién no existen las fronteras? Para el individuo sí. ¿Entonces? Para las ideas no. No existen fronteras para las ideas, para la libertad de pensar, de opinión, de expresión. Es un derecho fundamental al que debe acceder todo sujeto.

¿Y en nuestro país? Tampoco existen las fronteras materiales, sólo las jurídicas, pero las que señala la Constitución, es decir, los límites tales como el ataque a la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o perturbe el orden público. De no actualizarse ninguno de los cuatro supuestos se debe dar plenamente la libertad de expresión de las ideas, e incluso, se garantiza el derecho a la información. Todo esto conforme al artículo 6º de la misma Constitución.

Pero el derecho a la información no sólo se traduce en la posibilidad de expresar o manifestar nuestras ideas, sino que también implica el derecho a ser informado. Así, desde esta perspectiva debemos hablar del derecho que tiene el sujeto a manifestarse con sus ideas y al mismo tiempo a ser informado; pero también, que este mismo sujeto, al manifestarse con sus ideas, ejerce su derecho a informar. Por lo tanto, tal información ya no es para uno mismo sino para otro o un número indeterminado de sujetos. Así que la garantía que protege a la libertad de manifestarse y al derecho a la información no es tan simple como para coartarla con una reforma a la ley secundaria sin saber todo lo que implica.

En nuestro caso en estudio, el sujeto que se manifiesta con sus ideas es el profesionalista que informa, da noticia, asesora o le da consejo a su cliente en materia tributaria, y no necesariamente para no pagar contribuciones. Le entera de sus derechos y obligaciones fiscales y de cómo ejercerlos y cumplirlas, respectivamente. Tal vez esto último para el

legislador no sea trascendente; pero para el profesionalista que presta el servicio de asesoría es muy importante desde el punto de vista ético. Lo cual no puede hacerlo debidamente sin la libertad de expresar sus ideas o, al tener la libertad de expresarse pero con las ideas de la autoridad administrativa fiscal, o sea, los criterios de esta última.

Lo anterior debe ser conocido y practicado tanto por el profesionalista como por las diversas autoridades -legislativas y administrativas- pues: “La información debe ser veraz, implicando este deber una obligación moral y de sentido de responsabilidad para los órganos informativos, sin que en ninguna ley secundaria se deben establecer criterios apriorísticos de veracidad por el riesgo que representarían en cuanto que coartarían la libertad de manifestación de las ideas.”¹⁵ No obstante, en nuestro caso sí existe una ley secundaria que establece criterios apriorísticos que coartan la libertad de manifestación de las ideas.

Estamos hablando en concreto del Código Fiscal de la Federación en su artículo 89, como ya lo hemos señalado. Esta es la ley que de manera anterior al hecho lo prejuzga. Situación absurda cuando proviene del legislador, pues dicho sujeto está obligado -a través de su acto legislativo- a continuar con el orden constitucional.

El legislador debe recordar que con su acto legislativo puede contravenir a la propia Constitución. Que en ella se consagran diversas garantías, entre ellas la de libertad. Que esta última es un derecho fundamental del gobernado. Que también es un derecho público subjetivo dado que integra el conjunto de las llamadas garantías individuales. Que como tal, los titulares son los sujetos que se encuentran en calidad de gobernados sí, pero que en la relación jurídica son los sujetos activos del dicho derecho fundamental.

Como consecuencia, el acto del legislador, es decir, el acto legislativo es el instrumento para que todo lo argumentado en el párrafo anterior continúe existiendo. Esto debe ser inteligible para dicho sujeto; ergo, su acto legislativo debe ser de contenido inteligible. ¿Qué significa esto? Que el legislador tiene la obligación de considerar siempre la variedad

¹⁵ BURGOA, Ignacio. Opus cit., p. 692

de principios y valores que consagra la Constitución. Sabemos -y lo admitimos- que existen conflictos de leyes; pero también conocemos que conforme al artículo 133 constitucional, debe prevalecer la Constitución y por ende, las garantías contenidas en la misma. Por lo que el legislador debe ser sancionado por desconocer y traicionar el espíritu de la Carta Magna.

El acto legislativo también debe ser un acto racional, pero acaso más, consecuente con los principios y valores que señala y contiene la Constitución. Aclaremos que esto no son sólo ideas sueltas y sin dirección; al contrario, teleológicamente tienden a que existan mejores leyes. Por lo que “...una forma de mejorar no sólo la normatividad constitucional sino la propia inteligibilidad de la carta fundamental es *depurar la técnica legislativa*.”¹⁶ Efectivamente, con su acto legislativo, el legislador está obligado a mejorar la propia normatividad constitucional; está obligado a mejorar la inteligibilidad de la misma Constitución. Pero para ello, dicho sujeto, es decir, el legislador ordinario, debe depurar su técnica para crear leyes.

No obstante, sabemos que dicho sujeto carece de todo ello; sea por un verdadero desconocimiento o por falta de interés. De cualquier forma, esto último se denomina ignorancia supina de nuestro legislador. Si fuera otro sujeto tal vez no debiera importarnos; sin embargo, no sólo sí nos importa sino que además nos preocupa pues nos afectan sus actos legislativos contrarios a la Constitución, sus decisiones irracionales, irreflexivas, de contenido ininteligible e incluso, sin ninguna dirección cognoscitiva.

De esta manera, citando a la doctrina: “No son pocos los que piensan en el cumplimiento de ciertas formalidades de la ley para legitimar la creación del orden jurídico. Pretenden resolver el principio de legitimación en el de legalización: Basta que la autoridad que crea la norma jurídica sea competente para eso y siga los procedimientos establecidos, para considerar legítima su actuación y los resultados que genere.”¹⁷ De esa naturaleza es el legislador, que considera que una ley, por el hecho de serlo es legítima. Esto último no siempre es cierto, lo sabemos. Pero también sabemos, gracias a la doctrina que: “...para

¹⁶ CARBONELL, Miguel. Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México, 2ª. ed., México, Ed. UNAM-Porrúa, 1999, p. 204

¹⁷ CASTELLANOS GOUT, Milton Emilio. *Opus cit.*, p. 126

crear una norma jurídica, es necesario que ésta corresponda a su vez a los fines de la sociedad humana y se inspire en la realización de determinados valores que ésta le señale.”¹⁸

En otras palabras, el legislador cree que porque existe una comisión -por ejemplo la de puntos constitucionales-, en ésta realmente se discute una ley; cree que porque después pasa al Pleno del Congreso y es votada y posteriormente promulgada, entonces esa ley debe ser aceptada por la gente y ser obedecida en plenitud. Son notorias la ignorancia y la arrogancia del legislador. Sin duda alguna confunde la legitimidad con la legalidad, considerándolas como una y la misma cosa. Piensa que por “cumplir ciertas formalidades de la ley, legitima la creación del orden jurídico” cuando en realidad es todo lo contrario, es decir, violenta y contraviene ese orden jurídico y con ello, en muchas ocasiones, el orden social. Fenómenos de los cuales al legislador debe hacérsele responsable.

No es para nadie desconocido que actualmente se está viviendo una partidocracia, incluso, una partidocracia autoritaria y déspota. Así, ya no padecemos un gobierno de un sujeto absoluto y déspota, o el de un grupo de sujetos aristócratas. Ahora padecemos a un grupo de sujetos que sin ninguna lealtad pasan de un partido a otro con el fin de continuar *gobernándonos y representándonos*, olvidando de esta manera y con ello la normatividad constitucional.

Pero no sólo olvidan esto sino que también hacen a un lado los derechos fundamentales, siendo uno de ellos la libertad y, en concreto, la del trabajo y la de la manifestación de las ideas, demostrando con ello que ignoran su valor real, su verdadero lugar dentro de la normatividad constitucional y del orden jurídico, indispensables ambos para mantener una paz jurídica y social. Esto es indispensable pues, “Tal regulación, además, es una obligación del Poder Legislativo, que siempre debe obrar -como el resto de los poderes públicos- en el sentido de maximizar las posibilidades prácticas de aplicación de los derechos fundamentales.”¹⁹

¹⁸ Idem.

¹⁹ CARBONELL, Miguel. Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México, 2ª. ed., México, Ed. UNAM-Porrúa, 1999, pp. 208 – 209

Como corolario de este apartado, afirmamos que el acto legislativo no debe tener como finalidad contravenir la Carta Magna; no debe reducir el campo de aplicación de los derechos fundamentales y en concreto el de la libertad y, conforme a nuestro trabajo de investigación, la libertad del trabajo y la libertad de manifestación de las ideas. Ya hemos sostenido que el legislador está obligado a saber, más que el procedimiento legislativo, el procedimiento cognoscitivo para hacer una ley o norma. Y por procedimiento cognoscitivo nos referimos al conocimiento que debe tener el legislador de la realidad laboral, social, psicológica, económica y jurídica. Es decir, el legislador debe saber no sólo cómo se hace una ley sino cuál es la teleología de la misma.

Por lo tanto, como consecuencia, el acto legislativo debe cumplir ciertos requerimientos; no sólo los procedimentales para la creación de una ley sino también y acaso más, los requerimientos de la sociedad en general, pero además los de cada sujeto en particular, tales como las libertades. Es decir, no sólo la sociedad tiene valores y fines sino que los tiene también cada individuo que desea funcionar en esa sociedad. Así, no exageramos en afirmar que el individuo tiene tanta importancia como la misma sociedad.

De ahí que la garantía se denomine individual, al igual que la garantía que se denomina social. Pero, sea con una o con la otra (o con ambas), el acto legislativo debe ser protector de la garantía que consagra la Constitución.

4.6 Propuesta de reforma al artículo 89 del C.F.F.

Hemos llegado así al apartado de este trabajo en el que vertimos nuestra propuesta, la cual consiste en una reforma al artículo 89 del Código Fiscal de la Federación. En concreto, proponemos que a su fracción primera se le adicione el contenido del párrafo primero del artículo 108 del mismo ordenamiento, mientras que su párrafo in fine se derogue.

Lo anterior es procedente pues hemos demostrado que el actual contenido del artículo 89 en cuanto a su fracción primera y último párrafo violan la Carta Magna y, como consecuencia

de ello, a las garantías individuales de los artículos 5° y 6° constitucionales. Pero tales preceptos se refieren a una garantía individual específica, a saber, la de libertad; y más en concreto aún, respecto del artículo 5°, la libertad del trabajo y, conforme al artículo 6°, la libertad de expresión de las ideas.

Así, respecto del artículo 5° constitucional, que nos permite dedicarnos al trabajo, industria o comercio que más nos acomode siendo lícito -es decir, la libertad del trabajo-, una ley secundaria como lo es el Código Fiscal de la Federación, con el artículo 89, en su párrafo in fine, nos impone una condicionante que no es de las que señala el precepto constitucional. La condicionante a la que nos referimos es que la prestación de un servicio debe ser por escrito, o de otra manera incurriríamos en una infracción administrativa.

Pero, sabemos que el sujeto que presta un servicio es porque decidió dedicarse a ello. La Constitución así se lo permite. Esa es su libertad, su libertad del trabajo, de escoger él mismo su profesión u oficio. Sin embargo, la Carta Magna nos impone ciertos límites, pero ninguno de ellos se refiere a que nuestro trabajo debe ser necesariamente por escrito. Ergo, ¿por qué una ley secundaria sí nos impone tal limitante? No hay razón para ello.

Por otra parte, nosotros los abogados y como profesionistas que somos nos consideramos iguales ante la ley. Así, tenemos la libertad de escoger nuestra profesión ya que es lícita. El derecho es el mismo para cualquier otro profesionista que preste un servicio de asesoría en materia fiscal. Ahora bien, conforme al artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, sólo a los profesionistas que brindamos un servicio de asesoría o de consejo en materia tributaria se nos condiciona nuestro trabajo, al tener que emitir nuestro criterio necesariamente por escrito o de otra forma cometemos una infracción.

Consecuentemente, el legislador ordinario viola el artículo 5° constitucional; por ende, la garantía de la libertad del trabajo cuando al prestador de servicios en materia fiscal lo somete a una condicionante que ni la propia Constitución establece, es decir, emitir su trabajo y criterio por escrito; incluso, a pesar de que el trabajo y la actividad sean lícitos.

La trascendencia de lo anterior radica en que el legislador elabora leyes que contravienen la Constitución, en concreto el Código Fiscal de la Federación y su artículo 89 y, con ello, frena la libertad. Así, es el momento de recordar que la libertad es un derecho humano y que una de sus formas es precisamente la libertad de elegir el trabajo -siempre y cuando sea lícito-, sin más condicionantes y límites que los que señala la Carta Magna, no el legislador ordinario.

Por otra parte y por lo que se refiere al artículo 6º constitucional, este precepto también se ve contravenido por el legislador ordinario, cuando éste, con su acto legislativo, viola también la garantía de libertad, sólo que ahora hablamos de la libertad sobre la manifestación de las ideas.

Apenas líneas arriba afirmamos que no resulta ni justo ni menos aún legítimo que dicho sujeto, desconociendo la propia Constitución, elabore leyes que vulneren la libertad del trabajo al condicionarle al profesionista que presta sus servicios en materia tributaria y emita su criterio, lo haga en forma escrita o de lo contrario se hará acreedor a una sanción por haber cometido una infracción. Sin embargo, con tal condicionante o limitante el legislador ordinario contraviene además la libertad de expresión de las ideas. Esto lo logra cuando impone la condicionante del escrito, coaccionando al profesionista exprese sus ideas, es decir, su criterio en esa forma determinada. No obstante ello, la propia Carta Magna no impone tal condicionante.

¿Cuál es la razón del legislador ordinario para tal condicionante? Según él: la defraudación fiscal; según nosotros: su postura inquisidora. En otras palabras, dicho sujeto da por hecho que la asesoría que brinde el profesionista será en el sentido que aconseje al contribuyente evada su obligación de pago de contribuciones. Por ello, le impone la condicionante de expresar tal criterio por escrito. De esta manera, la manifestación de las ideas del profesionista que brinda la asesoría es objeto de inquisición, pero ni siquiera es judicial o administrativa como señala la Constitución, sino que es inquisición legislativa. Absurdo.

Recordemos que la libertad de manifestar nuestras ideas es un derecho fundamental por ser constitucional, y que por lo tanto debe ser resguardado por el Estado. Pero, a pesar de esto, el legislador ordinario se comporta del todo inquisidor.

Así, es oprobiosa por parte del legislador la violación a la Carta Magna y por ende a la garantía de la libertad de manifestar nuestras ideas, dado que dicho sujeto, sin ser autoridad judicial ni tampoco administrativa, somete a la libre manifestación de las ideas a un procedimiento inquisidor. Y la somete cuando lleva a cabo una previa censura a la asesoría o al consejo del profesionista, cuando este último presta un servicio en materia tributaria a un contribuyente. Por lo tanto, lo importante y trascendente es señalar que ambos casos: tanto la inquisición como la previa censura están prohibidas por la Carta Magna.

Consecuentemente, el legislador ordinario se considera el indicado, se erige como el égida, siendo el único que puede decir cómo se debe prestar un servicio; en qué sentido dar una asesoría respecto de un tema en materia fiscal; prácticamente dicta el contenido del escrito en que se manifieste el criterio del profesionista; y, lo más grave, se considera a sí mismo como el rector de la razón y de lo que debe ser.

Todo lo anterior lo logra el legislador ordinario con el Código Fiscal de la Federación y su artículo 89, en su fracción primera y su párrafo in fine. Razones por las cuales proponemos la reforma a dicho ordenamiento y en concreto a su artículo en cita.

4.6.1 Fracción I. Debe adicionarse el supuesto del artículo 108 del C.F.F.

Para argumentar nuestra propuesta de adición a la fracción I del artículo 89 en análisis, iniciamos precisamente citando la fracción en estudio. Así, actualmente la fracción I del artículo 89 a la letra dice: **“I. Asesorar, aconsejar o prestar servicios para omitir total o parcialmente el pago de alguna contribución en contravención a las disposiciones fiscales.”**

Ahora bien, para justificar y fundamentar debidamente nuestra propuesta, y sin el ánimo de ser repetitivos en nuestros argumentos, recordemos de estos últimos los más importantes. Así, una de nuestras apreciaciones es la duda que produce la redacción de la fracción I,

pues no se entiende a ciencia cierta si la conducta de los terceros es ilícita en verdad o se pretende que parezca tal con el fin de desalentarlos a brindar un servicio profesional.

En relación a lo anterior y respecto a las infracciones que menciona el proemio del precepto en cita, el legislador señala en la fracción I que son tales la asesoría, el consejo o el servicio prestado por el tercero y que den lugar a la omisión en el pago de las contribuciones. Y es precisamente en este punto en el cual se justifica y fundamenta más nuestra propuesta de adición, dado que si ambos supuestos se concretaran, es decir, que la asesoría o consejo fueran en el sentido de que el contribuyente no pague contribuciones estando obligado a ello, y que no lo hiciera debido al consejo del tercero, entonces operaría la complicidad entre ambos sujetos, lo que da lugar al delito de la defraudación fiscal, contenido en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.

Pero, conforme a lo aludido en tales líneas, se desprende que la responsabilidad del tercero radica en su conducta ilícita -asesoría, consejo o servicio-, pero cuando en realidad lo es dado que así se comprobó por las autoridades correspondientes y no antes. Sin embargo, el texto legal parece decir que también es responsable por la omisión total o parcial del pago de las contribuciones. Situación que no es legal pues el tercero no puede ser responsable por la conducta de otro.

Aún más, la misma fracción I hace referencia a dos situaciones: la primera es la asesoría, la consejería y la prestación de servicios por parte del tercero; la segunda, la omisión en el pago de las contribuciones. Con base en ello, debe quedar claro con cuál de las dos situaciones se contravienen las disposiciones fiscales, si es con la asesoría, consejo o servicio del tercero o con la omisión del pago de las contribuciones. Y esto es importante dado que estamos hablando de dos sujetos y de distintas responsabilidades, a menos que el texto legal de la fracción en estudio implique una tercera situación.

Por lo tanto, afirmamos que debe reformarse la fracción I del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, con la adición del supuesto del primer párrafo del artículo 108 del mismo ordenamiento legal, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 89. “Son infracciones cuya responsabilidad recae sobre terceros, las siguientes:

I. La prestación de servicios de asesoría o consejería que brinden contraviniendo las disposiciones fiscales cuando, con una sola de dichas conductas o de manera conjunta, induzcan al contribuyente al que le prestan el servicio a la omisión total o parcial del pago de alguna contribución que efectivamente esté obligado a pagar.

Son responsables en la comisión de las infracciones previstas en esta fracción los terceros que, al prestar el servicio de asesoría o consejería, induzcan dolosamente al contribuyente al uso de engaños o al aprovechamiento de los errores en que se encuentre la autoridad fiscal, para omitir total o parcialmente el pago de las contribuciones a que esté obligado y obtenga así un beneficio indebido y en perjuicio del fisco federal.

Como podemos observar, nosotros consideramos que la asesoría y/o consejería son precisamente los servicios que prestan los terceros; que con dichos servicios se pueden contravenir las disposiciones fiscales, ya sea separada o conjuntamente. Por tal razón, es necesario precisar tales servicios que se traducen en las conductas infractoras en que incurrirán -en su caso- los terceros y no así en la omisión de pago de contribuciones como ambiguamente lo señala el texto original.

Pero, la infracción no se comete por los terceros sólo por prestar dichos servicios sino cuando se da la primera condición, a saber, que con tales servicios se induzca al contribuyente al no pago de contribuciones. La segunda condición radica en que efectivamente el contribuyente esté obligado al pago de contribuciones porque así lo establece una disposición fiscal y no por una consideración de la autoridad fiscal. Lo trascendente en este punto es que con las condicionantes eliminamos la censura previa que implantó el legislador ordinario cuando considera de manera definitiva que los terceros necesariamente prestan servicios para omitir el pago de contribuciones.

Aún más, respecto del párrafo segundo que se adiciona a la fracción en estudio, es elemental señalar que el servicio de asesoría o consejería que presten los terceros debe ser de manera dolosa y no culposa, y que induzcan al contribuyente al incumplimiento de sus obligaciones fiscales; es decir, que los terceros, a sabiendas de que el contribuyente tiene que pagar le asesoren para que no lo haga en perjuicio del fisco federal, y no así cuando

dichos terceros, conociendo la disposición fiscal, le aconsejen al contribuyente no pagar porque en realidad no tiene tal obligación. Esto es muy importante de indicar pues se debe sancionar a un tercero cuando en verdad contravenga la ley fiscal y no sólo porque su criterio sea diferente al de la autoridad fiscal.

Ahora bien, se debe demostrar que en realidad existe dolo por parte de los terceros cuando con su asesoría o consejo convencen al contribuyente al empleo engaños para sorprender a la autoridad fiscal o bien, aprovecharse de los errores en que se encuentre la misma, y entonces, sólo así dicho contribuyente no pague y obtenga un beneficio indebido

Por último, aclaramos que no confundimos la infracción administrativa con el delito de la defraudación fiscal señalado en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, y que por lo tanto, no presentamos una propuesta amorfa. Estamos conscientes de que en el artículo 89 del mismo ordenamiento se habla de infracciones administrativas que traen como consecuencia una sanción también de índole administrativa; mientras que conforme al artículo 108 se habla de delitos que producen por ende una pena. Ergo, nuestra intención es señalar los elementos que deben integrar a la conducta infractora; tipificar debidamente dicha conducta infractora de los terceros si se considera por ley que sus servicios de asesoría o consejería producen la omisión del pago de contribuciones, dado que esto último se denomina defraudación fiscal.

4.6.2. Párrafo in fine. Debe derogarse

En concordancia con el apartado anterior, conjuntamente con la propuesta de adicionar la fracción I del artículo 89, toca ahora en este último apartado proponer la derogación del párrafo final del precepto en cita. Sin embargo, nuestra propuesta de derogación no se reduce a la simple eliminación de un párrafo y eso fue todo, no. Si lo hiciéramos así, sería tanto como quitar a una barda un ladrillo y traer con ello que otros ladrillos se aflojaren y se pusiera la barda misma en peligro de caerse. Ergo, justificamos nuestra propuesta de derogación, señalando qué elemento queda en su lugar.

Así, empezaremos por indicar qué se entiende por la expresión derogación. La doctrina señala que tal expresión es ambigua, pues se utiliza tanto para referirse al acto derogatorio (el acto mediante el cual la autoridad titular del poder normativo produce ciertos efectos derogatorios), como para aludir a los efectos que se derivan de la realización de dicho acto.²⁰ Por nuestra parte y para los resultados que esperamos obtener con nuestra propuesta, utilizaremos en este apartado ambas direcciones.

Así, nos referimos al acto derogatorio que debe llevar a cabo el Poder Legislativo precisamente para derogar el párrafo in fine del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación; de esta forma, el acto derogatorio se convierte en el acto legislativo al que hemos hecho referencia en apartados anteriores. Por lo que respecta a los efectos que producirá el acto derogatorio, por nuestra parte los deduciremos en las siguientes líneas.

Ahora bien, abundando sobre la derogación, ésta implica la privación parcial de efectos de la ley -al contrario de la abrogación que significa la privación total de efectos de dicha ley- y por lo tanto, también se maneja como la anulación parcial.²¹

Pero, en concreto, ¿cuál es el párrafo del artículo 89 que se propone derogar? El párrafo in fine que dice:

“No se incurrirá en la infracción a que se refiere la fracción primera de este artículo, cuando se manifieste en la opinión que se otorgue por escrito que el criterio contenido en ella es diverso a los criterios dados a conocer por las autoridades fiscales en los términos del inciso h) de la fracción I del artículo 33 de este Código o bien manifiesten también por escrito al contribuyente que su asesoría puede ser contraria a la interpretación de las autoridades fiscales.”

La necesidad de la derogación no radica en que, al desaparecer tal párrafo desaparece el problema de la ilegalidad o incluso, de la inconstitucionalidad. La necesidad radica más bien en la importancia y trascendencia de que las libertades, tanto del trabajo como de la

²⁰ AGUILÓ, Joseph. *Sobre la Derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 41, México, Ed. Fontamara, 1995, p. 97

²¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. I A – CH, 13ª. ed., México, Ed. UNAM – Porrúa, 1999, p. 20

manifestación de las ideas, prevalezcan y permanezcan sobre los actos legislativos que contravienen a las garantías individuales.

Tampoco nos engañamos pensando que al derogar el párrafo in fine del artículo 89 nos libramos de la infracción y ya podemos actuar en consecuencia, incluso violando la disposición fiscal. No. ¿Entonces? Lo que perseguimos es en lo que hemos insistido desde las primeras líneas de este trabajo, a saber: que se respete la Constitución, las garantías individuales y por ende, las libertades del trabajo y de la manifestación de las ideas, que son derechos fundamentales de los individuos.

Por lo tanto, cuando existe un texto legal que es contrario a la Carta Magna y al orden establecido por ésta, así como al estado de derecho, indefectiblemente debe derogarse ese texto legal contrario a dicho ordenamiento y no al contrario, derogarse implícitamente la Constitución con un texto legal secundario y un acto legislativo del legislador ordinario. Esto último es en realidad lo que va haciendo dicho sujeto, es decir, ir “derogando” poco a poco la Constitución con sus actos legislativos contrarios a ella, anularla parcialmente. Por nuestra parte, no debemos acostumbrarnos a tal actividad del legislador y menos aun quedarnos en silencio. Este último significa en tales ocasiones complicidad o cobardía.

Así, no sólo defendemos a la Constitución, al Derecho, sino también a los valores hacia los cuales tiende, emergiendo de entre todos ellos, junto con la Libertad, la Justicia pues, como se sostiene: “Es imprescindible, por otra parte, la consideración de la justicia como el valor al cual se orienta el derecho.”²² Y se orienta hacia la justicia porque ésta no se encuentra necesariamente en el Derecho ni con el mismo, pues en ocasiones la justicia implica ir más allá del Derecho cuando éste es injusto per se o por su generalidad y abstracción. Ergo, es un acto de justicia ir en contra del Derecho o estar en contra del acto legislativo de un legislador, que lo único que sabe de Derecho y de justicia es lo que su partido y sus intereses le permiten saber.

²² DE LA CUEVA, Arturo. Justicia, Derecho y Tributación, México, Ed. Porrúa, 1989, p. 27

Claro está, al hablar de la libertad y de la justicia lo hacemos también de cada individuo que las persigue para sí y para los demás, tratando de hacer más equitativo al Derecho pues, como se señala: “...la equidad es la adecuación de la norma abstracta a una acción singular, estimándola también como la justicia para el hombre real, (...) pero es equitativo lo justo más allá de la ley escrita, presentándose la equidad como una fuente compensatoria de la justicia.”²³

Y *el hombre real* lo somos cada uno de nosotros, los terceros que brindamos el servicio de asesoría en materia tributaria, el profesionista que aconseja al contribuyente pagar el tributo cuando lo debe y no hacerlo cuando no ha causado dicho tributo. Éste es el hombre real, al que le coartaron sus libertades del trabajo y de la manifestación de las ideas, es decir, sus garantías individuales. Como consecuencia, también es el hombre real que debe defender sus libertades y garantías. Esto último va con nuestra propia naturaleza de ser seres humanos, de sabernos y vernos como seres pensantes y libertarios.

Por lo tanto, la misma Carta Magna que ha sido contravenida establece sus propios medios curativos; entre ellos están el artículo 72, en su letra F, al establecer que para la interpretación, **reforma o derogación** de las leyes, deben observarse los mismos trámites que para su creación. Así, este precepto constitucional es el instrumento derogatorio que el legislador ordinario puede y debe emplear para anular los efectos del párrafo in fine del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación. Los estudiosos del Derecho dirían que el precepto constitucional al que hacemos referencia (72-F) es la norma reguladora de la derogación, la cual se debe diferenciar de las normas derogatorias o cláusulas derogatorias concretas, que en términos simples son el resultado del ejercicio de la norma reguladora de la derogación (poder derogatorio).²⁴

Así, ya señalamos que con fundamento en la norma reguladora de la derogación que es el artículo 72-F constitucional, se debe derogar el párrafo in fine del artículo 89 del Código

²³ Ibidem, p. 50

²⁴ AGUILÓ, Joseph. Opus cit., p. 99

Fiscal. Luego, ¿cuáles son las normas derogatorias o cláusulas derogatorias? Son las siguientes:

1. Se elimina la inconstitucionalidad pues, al derogar el párrafo en mención se anula también la condicionante de que la opinión que se emita debe ser por escrito.
2. Se elimina la obligación de violar nuestro voto de secrecía como profesionistas al tener que hacerle saber forzosamente a la autoridad fiscal el contenido de nuestro criterio que se tiene que elaborar por escrito, bajo la amenaza que de no ser así incurrimos en la infracción señalada en la fracción I del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación.
3. Se elimina la obligación de que nuestro criterio -que debe ser por escrito- debe coincidir necesariamente con el criterio de la autoridad fiscal, pues de otra manera asesoramos o aconsejamos al contribuyente para que cometa el delito de defraudación fiscal.
4. Se anula la posibilidad de que opere en contra nuestra y en perjuicio nuestro la agravante que señala el párrafo segundo del artículo 90 del Código Fiscal de la Federación cuando la asesoría, consejo o servicio sean diversos a los criterios de la autoridad fiscal. No importa que el párrafo tercero del mismo precepto en cita señale que no operará la agravante si en nuestro escrito indicamos que la opinión o criterio es diverso al de la autoridad fiscal, ya que esto es una condicionante que no contiene la Constitución.
5. Por último, la cláusula derogatoria más importante, a saber, se anula por completo la inconstitucionalidad del artículo 89, párrafo in fine, pues se elimina la condicionante de que nuestro trabajo -que se traduce en la asesoría, consejo o servicio- debe ser por escrito y además, de que nuestro criterio -que en realidad son nuestras ideas- se manifieste también por escrito, violando con tales imposiciones (en una ley secundaria) las garantías individuales de libertad del trabajo y de libertad de la manifestación de las ideas, dado que ni la misma Carta Magna establece tales requisitos o condicionantes.

Así, para dar por terminado nuestro trabajo de investigación, recordando el parangón que hicimos del Derecho con una barda, considerando a ambos como un todo, como un sistema, diremos que, con la propuesta de derogación no sólo no dejamos un hueco ni aflojamos ningún otro ladrillo. Por el contrario, creemos seriamente que fortalecemos esa barda que es el Derecho, quitándole los falsos ladrillos (los actos legislativos del legislador ordinario y

leyes secundarias) que le afectan para que así resista cualquier embate y que las libertades y la justicia queden resguardadas por la Carta Magna.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La etimología del término libertad proviene del latín “libertas-atis” y significa la facultad de obrar, sea de una manera u otra, o de no hacerlo. Pero quien posee tal facultad es el ser humano y por lo tanto debe hacerse responsable de lo que haga o deje de hacer.

En ocasiones ese ser humano no sabe qué es la libertad ni tampoco para qué o para quién ejercerla; a veces cree saberlo pero no sabe cuál libertad practicar. Así, la libertad para dicho sujeto es indeterminada pues no es un objeto que esté en cierto lugar y se tome para ser utilizado. Es necesario que se determine la libertad que será practicada dependiendo de momentos, situaciones, valores, derechos y seres humanos específicos.

Cuando lo logra, el ser humano se autodetermina, determina la libertad que practicará y determina a los demás sujetos dependiendo de las relaciones que se establezcan necesariamente. Sin embargo, ese ser humano sabe que si lo anterior es una necesidad, está consciente entonces que la misma libertad es una necesidad y que, como consecuencia, se tiene que regular por la ley, porque en esta última se debe considerar a la libertad como un valor humano.

SEGUNDA. Es en la Constitución del país en donde están consagradas y resguardadas las garantías de libertad, la garantía individual de libertad y por lo tanto la libertad individual. De manera indefectible, cualquier autoridad del Estado está obligada a respetar no sólo a la garantía sino a la misma libertad. Debe ser así dado que en la relación que se establece entre el gobernado y el Estado y sus autoridades conforme a dicho ordenamiento, el primero es el sujeto activo, por tanto el que puede exigir, y los segundos son el sujeto pasivo, es decir, los obligados.

Aunque no siempre es así pues en ocasiones alguna autoridad, de forma constitucional y legal, restringe la garantía individual de libertad. En otras ocasiones priva de dicha libertad siendo su acto de autoridad francamente ilegal y anticonstitucional. Pero también existen

sujetos que sólo exigen su libertad sin saber incluso qué significa, implicando para ellos y para el Estado un verdadero problema. Se debe saber por ende qué significa la libertad deontológica, es decir, la libertad como un deber para poder practicarla como tal.

Así, la libertad como deber implica ser libre cada sujeto para hacer libres a los demás, pues la libertad existe no sólo cuando se practica por un sujeto sino principalmente cuando se otorga. Así se le da vida a la libertad; verdaderamente existe cuando se ejerce, se practica y se concede. Ergo, la libertad deontológica da lugar a la libertad ontológica, o sea, la que existe en cada sujeto y en cada acción del mismo.

TERCERA. El artículo 5º constitucional establece de manera clara y contundente para el Estado y sus autoridades la prohibición de impedir a persona alguna dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que mejor le acomode. Pero también constriñe a esa persona a que la actividad que elija sea lícita. De esta manera se consagra la libertad del trabajo al escoger alguna o algunas de las actividades mencionadas.

Pero la obligación de escoger la actividad, es decir, de ser libre es de la persona, el individuo que tiene el derecho pero también el deber de ejercer su libertad y escoger su trabajo. Necesariamente es así dado que dicho sujeto no puede ni debe renunciar a su libertad ni tampoco delegarla a otro, menos aún al Estado.

Debe distinguirse entonces entre la libertad de escoger el trabajo y el trabajo mismo pues una vez que se eligió el trabajo lícito opera la protección de la Constitución tanto para el ejercicio de la libertad y la libertad misma, como para la actividad u ocupación. Por lo tanto, cuando el Estado contraviene la Constitución, no sólo se opone a que un persona desempeñe una ocupación, sino que coarta su libertad de llevarla a cabo así como su libertad de haber escogido tal ocupación.

Así, una es la libertad de elegir y otra es la ocupación elegida y lo que realmente protege y garantiza la Constitución es que ejercido el derecho de la libertad y la escogitación de la

ocupación siendo todo ello lícito, el poder público no imponga indebidamente cortapisas a la libertad.

CUARTA. La importancia de que la persona practique su libertad de elegir radica en que se brinda la posibilidad de autodeterminación, por lo que no deben haber obstáculos para que la libertad, que se concibe como una necesidad, se vea colmada. Por lo tanto, cuando la persona ejercita su libertad de escoger y elige una profesión o trabajo, también está escogiendo su forma de ser. Y su forma de ser en relación con su libertad de escoger, se da en las siguientes direcciones.

El ocupacional, en el cual desarrolla una actividad. El laboral, elaborando productos o bienes o prestando un servicio profesional. El social, ya que los productos, bienes o servicios son para una persona o para un grupo de ellas. El psicológico, buscando una recompensa emocional para continuar con su actividad y mejorarla. El económico, pues la recompensa también se traduce en los emolumentos necesarios para los satisfactores. El intelectual, pues el sujeto continuamente se está actualizando y perfeccionando.

QUINTA. La facultad de expresarnos libremente es uno de los derechos fundamentales más preciados por el ser humano, dado que es el medio de comunicar algo muy propio del mismo, que es parte de su naturaleza como ser pensante, es decir, sus ideas. Esto es algo que el Estado y sus órganos de gobierno deben concebir para entender y así saber que se debe respetar. La facultad de expresarnos libremente es un derecho fundamental que se consagra por las constituciones y ordenan se proteja, como lo es en el caso de nuestra Constitución.

Lo anterior está contenido en el artículo 6º constitucional y es la primera afirmación que se encuentra en dicho precepto, es decir, se puede manifestar libremente las ideas. Pero lo hacemos con una dirección teleológica y para alguien específico. Así, la libertad de expresarse libremente no sólo es para el individuo que se manifiesta e informa sino también para el otro a quien va dirigida la información. La protección constitucional es entonces para ambos sujetos, el que se manifiesta e informa y el que recibe tal información.

SEXTA. El derecho fundamental de expresar libremente las ideas se encuentra en el artículo 6° como una garantía individual a favor de los gobernados. Estos últimos pueden manifestarse libremente, aunque observando las limitantes que señala el mismo precepto constitucional. La prohibición de la inquisición a que hace mención el artículo 6° es directamente para las autoridades judiciales o administrativas. Sin embargo y de manera definitiva, dicha prohibición debe extenderse también a las autoridades legislativas, pues ninguna autoridad de la naturaleza que sea puede inquirir respecto de la manifestación de las ideas ni mucho menos de las mismas ideas cuando el manifestante cumpla con la Constitución.

El derecho a manifestarse libremente está consagrado en la Constitución como una garantía individual. Es el gobernado quien tiene a su favor dicha garantía, protegiéndolo esta última de la actitud inquisitorial de las autoridades judiciales o administrativas. La prohibición a las autoridades se traduce en que el gobernado no puede ser sujeto a un interrogatorio, examen o averiguación previa por parte de la autoridad. Tampoco debe tal autoridad coartarle expresar sus ideas ni fijarle una sanción al hacerlo. Es necesario entonces que la prohibición de someter las ideas y su manifestación a la inquisición, debe ser extensiva para las autoridades legislativas, pues éstas son las más obligadas a observar y respetar la Constitución y los tratados internacionales.

SÉPTIMA. El artículo 89 del Código Fiscal de la Federación es confuso y oscuro, dada la ambigüedad y deficiencia con las que fue redactado por el legislador, principalmente en su párrafo primero y su fracción primera. No se sabe con certeza la teleología de la disposición fiscal; lo que sí se sabe es que lo afirmado por el legislador ordinario no siempre es verdad cuando afirma que los terceros necesariamente asesoran al contribuyente para que éstos incumplan con su obligación contributiva.

Las razones como fundamento del argumento anterior son: Primera: en el proemio el legislador señala las infracciones en que incurren los terceros; pero no se sabe a ciencia cierta si se refiere a la asesoría, al consejo o al servicio prestados por el tercero, o a la omisión en el pago de las contribuciones. Segunda: en cuanto a la responsabilidad del

tercero no queda claro si es respecto de la asesoría o consejería o a la omisión total o parcial del pago de contribuciones. Tercera: no es indefectible que la asesoría, la consejería y la prestación de servicios por parte del tercero, siempre den lugar a la omisión en el pago de las contribuciones por parte del contribuyente.

OCTAVA. Las conductas del tercero de asesorar, aconsejar o prestar servicios definitivamente no son ilícitas; no deben ser infracciones ni tampoco se incurre en responsabilidad al desarrollarlas. Menos aun si el contribuyente no paga contribuciones pues el incumplimiento de la obligación jurídico-tributaria no se deriva necesariamente de la asesoría o consejo del profesionista. El legislador considera a priori que tales conductas de ese profesionista son ilícitas.

El profesionista o tercero al asesorar o aconsejar emite su criterio. No es una simple opinión sino un verdadero juicio que se funda en la ponderación de cada situación, documento o hecho del contribuyente. Ergo, el tercero es un letrado que asiste e ilustra al contribuyente. Es un verdadero trabajo intelectual el que desarrolla y no una ocurrencia que se resume en el no pago de contribuciones. El legislador ordinario tiene una visión reduccionista, al considerar que todos los terceros que prestan un servicio profesional son deshonestos y simplemente aconsejan no pagar tributos.

NOVENA. El legislador viola la Constitución con el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, al establecer en el párrafo in fine que el criterio emanado de la asesoría, consejo o servicio del tercero sea por escrito. La condicionante es: no se incurre en la infracción si se externa la opinión que contiene el criterio por escrito. Por el contrario, si se emite la opinión que contiene el criterio, pero no por escrito, entonces se incurrirá en la infracción.

Esta condicionante contraviene lo dispuesto por los artículos 5° y 6° constitucionales, pues ninguno de los dos preceptos establece el requisito de que se preste un servicio o trabajo por escrito o que la manifestación de las ideas (la asesoría o consejo) sea por escrito. No

obstante, el legislador impuso indebidamente al tercero que asesora, aconseja o presta servicios al contribuyente, emita su opinión por escrito.

DÉCIMA. El tercero a que hace mención el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación es en realidad el profesionista que presta los servicios de asesoría o consejería a su cliente que en este caso es el contribuyente. Su servicio no debe ser condicionado de manera alguna, sino acaso limitado por la Constitución y por la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional.

Dicho servicio debe tener las siguientes características: a) Obligación de brindar un servicio honesto basado en conocimientos científicos pues tiene el deber ético, moral y legal de aplicar todo su bagaje cultural y racional. b) Obligación de brindar un servicio honesto, sin importar que exista un dogma, una verdad oficial de legislador. c) Obligación de guardar secreto, dado que todo profesionista está obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, excepto aquellos informes que deba rendir cuando así lo establezcan las leyes respectivas.

DÉCIMA PRIMERA. El legislador debe aplicar el proceso cognoscitivo para llevar a cabo el proceso legislativo. Si el legislador debe normar la libertad de escoger el trabajo y manifestar las ideas, está obligado primero a saber qué es la libertad en sí misma, qué clases de libertades existen y saber que tales libertades están protegidas como derechos fundamentales por la Constitución. Si ignora lo anterior, entonces el acto del legislador es un acto violador de la Carta Magna.

Como consecuencia, para no continuar contraviniendo a la Carta Magna, debe reformarse el artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, en concreto su fracción I, adicionando el supuesto del primer párrafo del artículo 108 del mismo ordenamiento legal, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 89. “Son infracciones cuya responsabilidad recae sobre terceros, las siguientes:

I. La prestación de servicios de asesoría o consejería que brinden contraviniendo las disposiciones fiscales cuando, con una sola de dichas conductas o de manera conjunta, induzcan al contribuyente al que le prestan el servicio a la omisión total o parcial del pago de alguna contribución que efectivamente esté obligado a pagar.

Son responsables en la comisión de las infracciones previstas en esta fracción los terceros que, al prestar el servicio de asesoría o consejería, induzcan dolosamente al contribuyente al uso de engaños o al aprovechamiento de los errores en que se encuentre la autoridad fiscal, para omitir total o parcialmente el pago de las contribuciones a que esté obligado y obtenga así un beneficio indebido y en perjuicio del fisco federal.

DÉCIMA SEGUNDA. El segundo párrafo que se propone se adicione no se refiere al delito de defraudación fiscal, sino, en nuestro supuesto, a la infracción administrativa y los elementos que la integran, dado que para imponer una sanción, antes debe adecuarse la conducta al tipo o a la hipótesis normativa, por lo que no se está confundiendo al delito con la infracción administrativa. Es indispensable normar que el servicio de asesoría o consejería que presten los terceros sea de manera dolosa y no culposa para que efectivamente se induzca al contribuyente al incumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Se tiene que demostrar por la autoridad fiscal que en realidad existe dolo por parte de los terceros cuando con su asesoría o consejo convenzan al contribuyente al empleo de engaños para sorprender a la autoridad fiscal o bien, aprovecharse de los errores en que se encuentre la misma, y así omita parcial o totalmente el pago de contribuciones y obtenga entonces un beneficio indebido. Sólo así se debe sancionar a un tercero cuando en verdad contravenga la ley fiscal y no sólo porque su criterio sea diferente al de la autoridad fiscal.

DÉCIMA TERCERA. En congruencia con la propuesta de adición, también se propone la derogación del párrafo in fine del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, dado que el legislador, al imponer la condicionante del criterio por escrito viola a la Constitución. El párrafo dice:

“No se incurrirá en la infracción a que se refiere la fracción primera de este artículo, cuando se manifieste en la opinión que se otorgue por escrito que el criterio contenido en ella es diverso a los criterios dados a conocer por las autoridades fiscales en los términos del inciso h) de la fracción I del artículo 33 de este Código o bien manifiesten también por escrito al contribuyente que su asesoría puede ser contraria a la interpretación de las autoridades fiscales”.

No se habla de la simple intención de desaparecer algo con la inocente idea de que así se desaparece el problema. La propuesta de derogación se funda en el acto derogatorio que se convierte en el acto legislativo dado que lo lleva a cabo el Poder Legislativo, pero no sólo para derogar el párrafo in fine del artículo 89 del Código Fiscal de la Federación, sino para alcanzar la privación parcial de efectos de dicho ordenamiento.

Así, la necesidad de la propuesta de derogación no radica sólo en desaparecer el problema de la ilegalidad o incluso, el de la inconstitucionalidad. Radica más bien en la importancia y trascendencia de que las libertades, tanto la del trabajo como la de manifestar las ideas, prevalezcan y permanezcan sobre los actos legislativos que contravienen a las garantías individuales.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2001. 618 pp.

AGUILÓ, Joseph. Sobre la Derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 41, México, Ed. Fontamara, 1995. 106 pp.

ALCALÁ CAMPOS, Raúl, Hermenéutica. Teoría e interpretación. México, Ed. Plaza y Valdés, 1992. 143 pp.

BOLAÑOS CACHO, Miguel, Los Derechos del Hombre (Integridad personal y real) Tomo 1. CNDH, México, 2002. 374 pp.

BURGOA, Ignacio, Las Garantías Individuales. 31ª ed., México, Ed. Porrúa, 1999. 814 pp.

CARBALLO BALVANERA, Luis, “El principio constitucional de justicia fiscal”, en Principios Tributarios Constitucionales, Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1992. 592 pp.

CARBONELL, Miguel, Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México. 2ª ed., México, Ed. UNAM - Porrúa, 1999. 291 pp.

----- Los Derechos Fundamentales en México. México, Ed. Porrúa, 2005. 1111 pp.

CARPIZO, Jorge, Estudios Constitucionales. México, Ed. Porrúa, 1999. 607 pp.

----- Nuevos Estudios Constitucionales. México, Ed. UNAM - Porrúa, 2000. 574 pp.

CASTELLANOS GOUT, Milton Emilio, Del Estado de Derecho al Estado de Justicia. México, Ed. Porrúa, 2004. 298 pp.

CASTRO, Juventino B., Garantías y Amparo. 13ª ed., México, Ed. Porrúa, 2004. 671 pp.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, Derecho Alternativo y Crítica Jurídica, México, Ed. Porrúa, 2002. 229 pp.

DE LA CUEVA, Arturo. Justicia, Derecho y Tributación. México, Ed. Porrúa, 1989. 283 pp.

GONZÁLEZ, Juliana, Ética y Libertad. 2da. ed., México, Ed. UNAM - FCE., 1997. 345 pp.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Francisco, Derecho y Ejercicio Profesional. Aspectos legales de la Profesiones. México, Ed. Trillas, 2004. 120 pp.

GUASTINI, Ricardo, Estudios sobre la Interpretación Jurídica. Traducción: Marina Gascón y Miguel Carbonell, 5ª ed., México, Ed. UNAM - Porrúa, 2003. 137 pp.

HEGEL, G. W. F., Fenomenología del Espíritu. Traducción de Wenceslao Roces, 7ma. Reimpresión, México, Ed. FCE., 1987. 483 pp.

HIERRO, Graciela, Ética de la Libertad. 3ra. ed., México, Ed. Torres Asociados, 1992. 143 pp.

LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de Interpretación Constitucional Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998. 876 pp.

MARTINEZ PINEDA, Ángel, Ética y Axiología Jurídica. México, Ed. Porrúa, 1998. 172 pp.

QUINTANA ROLDAN, Carlos F. y SABIDO PENICHE, Norma D., Derechos Humanos, México, Ed. Porrúa, 1998. 471 pp.

REYES ALTAMIRANO, Rigoberto, El aspecto Fiscal de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su evolución y perspectiva. Segunda reimpresión, México, Ed. Tax, 2003. 224 pp.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Ismael, Las Profesiones Jurídicas. México, Ed. Trillas, 2005. 124 pp.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Las Garantías de Seguridad Jurídica. Colección Garantías Individuales, 2ª ed., Poder Judicial de la Federación, México, 2005

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Las Garantías Individuales. Parte General. Colección Garantías Individuales, Tomo 1, 2ª ed., Poder Judicial de la Federación, México. 2005

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Las Garantías de Libertad. Colección Garantías Individuales, Tomo 4, 2ª edición, Poder Judicial de la Federación, México. 2005. 198 pp.

BIBLIOGRAFÍA METODOLÓGICA

BARAHONA, Abel y BARAHONA, Francisco, Metodología de Trabajos Científicos. 4ª ed., Bogotá, Ed. Ipler, 1984

HERNÁNDEZ ESTÉVEZ, Sandra Luz y LÓPEZ DURÁN, Rosalío, Técnicas de Investigación Jurídica. 2ª ed., México, Ed. Oxford, 2003. 153 pp.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, et, al. Metodología de la Investigación. 4ª ed., México, Ed. Mc. Graw Hill, 2004.

WITKER VELÁZQUEZ, Jorge y LARIOS VELASCO, Rogelio. Metodología Jurídica. 2ª ed., México, Ed. Mc. Graw Hill, 2002. 260 pp.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Fiscal de la Federación
Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional
Ley Federal de los Derechos del Contribuyente

JURISPRUDENCIA

1.- Registro No. 6510

Asunto: AMPARO EN REVISIÓN 147/99.

Promovente: INSTITUTO MAURER, S.A.

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XI, Junio de 2000; Pág. 170;

GARANTÍA DE IGUALDAD. ESTÁ CONTENIDA IMPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 5º CONSTITUCIONAL.

1.- Registro No. 5532

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/98.

Promovente: MINORÍA DE LOS DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA LXVIII LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Marzo de 1999; Pág. 355;

LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5º., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

1.- Registro No. 5532

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/98.

Promovente: MINORÍA DE LOS DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA LXVIII LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; IX, Marzo de 1999; Pág. 355;

LIBERTAD DE TRABAJO. EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE RESTRINGIR ESA GARANTÍA A GOBERNADOS EN PARTICULAR.

1.- Registro No. 19994

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 45/2006 Y SU ACUMULADA 56/2006.

Promovente: PARTIDOS POLÍTICOS ACCIÓN NACIONAL Y CONVERGENCIA..

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Febrero de 2007; Pág. 1185;

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6º. Y 7º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO.

1.- Registro No. 19994

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 45/2006 Y SU ACUMULADA 56/2006.

Promovente: PARTIDOS POLÍTICOS ACCIÓN NACIONAL Y CONVERGENCIA..

Localización: 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Febrero de 2007; Pág. 1185;

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ARTÍCULO 55, NUMERAL 2, PRIMERA PARTE, DE LA LEY ELECTORAL DEL ESTADO DE ZACATECAS, VIOLA ESE DERECHO FUNDAMENTAL.

OTRAS FUENTES

ABBAGNANO, Nicola, Diccionario de Filosofía. Traducción de Alfredo N. Galletti, 2ª ed., quinta reimpresión, México, Ed. FCE, 1987. 1206 pp

FERRATER MORA, José, Diccionario de Filosofía. Barcelona, Ed. Ariel, 1994. Tomos I-IV

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario de Derecho Constitucional, Coordinador Miguel Carbonell, México, Ed. UNAM-Porrúa, 2002. 598 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomos 1-4, 13ª ed. México, Ed. UNAM-Porrúa, 1999