



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

POSGRADO EN DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO.

FACULTAD DE DERECHO.

**“CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA DE LOS
PRINCIPIOS JURÍDICOS.”**

TESIS

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO.**

PRESENTA:

LIC. ENRIQUE GONZALEZ CERECEDO.

**TUTOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN
DERECHO UNAM:**

DR. MARTÍN GUSTAVO MOSCOSO SALAS.

**CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, D.F.
JUNIO DE DOS MIL CATORCE.**



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.

AGRADECIMIENTOS

Al concluir tan ardua labor como lo es el presente ensayo, se debe mirar hacia atrás y realizar un análisis objetivo, que te demuestra que sin el apoyo y participación de diversas personas e instituciones, así como diversas circunstancias el mismo resultaría imposible. Por ello, es un verdadero placer reconocer:

A mi abuela, edifico los cimientos que perdurarán por el resto de mi vida;

A mis padres, por creer y confiar siempre en mí, por su paciencia, comprensión y motivación;

A mis compañeros, por haberme concedido momentos gratos, pero sobre todo a mis amigos, los que han perdurado conmigo en las buenas y en las malas;

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por su apoyo financiero, y por supuesto a la Universidad Nacional Autónoma de México, por abrirme desde la educación media superior las puertas de sus aulas y cuyo agradecimiento más sincero radica en devolverle intelectualmente lo que me ha otorgado.

Así también, a todas aquellas personas que por razón de espacio no menciono, pero que de antemano saben el aprecio que les guardo.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. Concepto de Norma.....	4
2. Concepto de Facultad.....	10
3. Concepto de Estado y Orden Jurídico.....	14
3.1. El Estado.....	14
3.2. Orden Jurídico.	17
4. Concepto de Constitución del Orden Jurídico.....	20

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DEREHO

1. Iurisprudencia Romana.....	33
2. Inferencias del Derecho.....	42
3. Interpretación y Aplicación.....	44
3.1. La Interpretación.....	44
3. 2. La Aplicación del derecho.....	53
4. Prácticas Interpretativas.....	56
5. Sistemas de Interpretación.....	65
5.1. La escuela de la exégesis.....	65
5.2. La Jurisprudencia Dogmática.....	68

5.3. El Sociologismo y la Escuela de Derecho Libre.....	69
---	----

CAPÍTULO III.

PRINCIPIOS, REGLAS Y POSTULADOS NORMATIVOS.

1. Formulación de las Regulae Iuris.....	72
2. Normas de Primer Grado:	
Principios y Reglas, criterios de distinción.....	77
3. Propuesta de Disociación entre Principios y Reglas.....	90
4. Normas de Segundo Grado: Postulados Normativos.....	93
4.1. Postulados Hermenéuticos.....	93
4.2. Postulados Normativos Aplicativos.....	95

CAPÍTULO IV.

FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 31 CONSTITUCIONAL, COMO EJEMPLO PRÁCTICO DE LA CONVIVENCIA ENTRE PRINCIPIOS, REGLAS Y POSTULADOS EN UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA.

1. Aspectos Generales del Derecho Tributario.....	97
2. Elementos esenciales de las contribuciones.....	101
3.- Diversas Interpretaciones de la fracción IV del Artículo 31 constitucional como Reglas, Principios y Postulados.....	103
3.1.- Principio de Generalidad de las Contribuciones.....	105
3.2.- Regla de obligatoriedad de las contribuciones y sus criterios de vinculación entre los hechos causa de las contribuciones y los titulares de la potestad fiscal.....	108
3.3.- Obligaciones tributarias en sentido formal y material.....	110

3.4.- Principio de legalidad tributaria.....	112
3.5.- Garantía de reserva de ley en materia tributaria.....	118
3.6.- Regla que determina la potestad constitucional en materia tributaria, y para evitar la doble tributación.....	120
3.6.1. La potestad de la federación, de los estados, del distrito federal y de los municipios.....	121
3.6.2. El Congreso de la Unión.....	122
3.6.3. Las legislaturas de los estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.....	123
3.6.4. La múltiple contribución por uno o varios titulares de la potestad fiscal, en el plano interno e internacional.....	124
3.6.5. La doble tributación internacional y los tratados en materia tributaria.....	127
3.6.6. Los tratados en materia tributaria.....	131
3.7.- Principio de proporcionalidad en materia tributaria.....	135
3.8.- Principio de equidad en materia tributaria.....	136
3.9.- Equidad y Proporcionalidad tributaria como un mismo principio.....	140
3.10.- Improcedencia del amparo en materia tributaria por su posición en el orden constitucional.....	140
3.11.- Procedencia del amparo en materia tributaria al constituir una garantía constitucional.....	143
Conclusiones.....	146
Bibliografía.....	150

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como objetivo mostrar, en primer término, como derivado de las ideas filosóficas de la modernidad, producto del Eurocentrismo, se sostuvo al derecho como un sistema, lo cual trajo aparejada como idea principal que este derecho contenía una respuesta correcta para todos los casos que se presentaran, ello en virtud de que se pensó en un sistema racional cerrado que excluye, tanto las lagunas normativas como las necesidades de una actuación valorativa de los operadores y más concretamente, del juez.

En efecto, tal y como lo relata Gregorio Peces Barba, el sistema de derecho se advirtió como un sistema cerrado representado por el “iusnaturalismo racionalista y el primer positivismo, su heredero, que traslada al sistema desde el derecho natural al positivo, con el constitucionalismo y la codificación. Es el momento fuerte del principio del legislador racional y de la contemplación del juez como la boca muda que pronuncia las palabras de la ley.”¹

Sin embargo, con el transcurrir de los años y de las teorías, es que se acepta que el “sistema está abierto a la sociedad y a la moralidad, y que el lenguaje de las normas es el natural, por lo que es vago y ambiguo. De tal forma que la interpretación tiene una gran importancia y se crea derecho desde los márgenes del ordenamiento jurídico”.²

Así, de esta forma, el juez no es la boca muda que pronuncia las palabras de la ley sino que la reformula, y por lo tanto la interpretación es ahora vista desde un sistema abierto que deja con un papel secundario a la famosa, pero ineficiente, teoría del legislador racional por lo que aborda la importancia de los casos singulares para la creación normativa.

¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial DYKINSON, Madrid, 2004, p.301.

² *Ídem*.

Entre los métodos para la solución de casos, con esta nueva visión se propone que las normas no son textos ni el conjunto de ellos, “sino el sentido construido a partir de la interpretación sistemática de textos normativos. De ahí que la afirmación de que las disposiciones constituyen el objeto de la interpretación y las normas, su resultado”.³

Para decirlo en otras palabras, no existe correspondencia entre norma y disposición, en el sentido de que siempre que haya una disposición habrá una norma o siempre que haya una norma deberá haber una disposición que le sirva de soporte.

En efecto, el sistema jurídico tiene la peculiaridad de incluir normas que disponen qué sujetos, en qué circunstancias, con qué procedimientos, crear nuevas normas⁴, razón por la cual, se advierte claramente que el establecimiento de los principios y las reglas dependerán de la valoración que el intérprete le dé a las disposiciones normativas.

Sin embargo, no debe pensarse que el intérprete construye los sentidos en el proceso de interpretación y que por lo tanto no existe un significado previo, toda vez que sostener que el significado del lenguaje depende de su uso; no es lo mismo que sostener que solo surge con el uso específico e individual. Es por eso que hay rasgos de significado mínimos incorporados al uso ordinario o técnico del lenguaje, es decir, hay sentidos que preexisten al proceso particular de interpretación, en la medida en que derivan de estereotipos de contenidos ya existentes en la comunicación lingüística en general.

De esta forma, para explicar que los operadores jurídicos que participan en el sistema son “reintérpretes” o “reconstructores”, dado que son parte del *ars*

³ Ávila, Humberto, *Teoría de los Principios*, Traducción de Laura Criado Sánchez, 10ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 29.

⁴ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Meta teoría del Derecho*, Traducción de Jordi Ferrer, 1ª edición, Barcelona, GEDISA, 1999, p. 100.

iudicanti,⁵ sin olvidar que se argumentan a partir de las reglas del derecho o voluntades del legislador. Es por ello que en el primer capítulo del presente ensayo se describirá los conceptos que considero fundamentales para una explicación de la tesis principal, como lo son: normas jurídicas, facultades, orden jurídico, constitución, y que al esclarecer se tendrá la posibilidad de explicar la forma en que se interpreta y se construye el mismo, cuestión que no es novedosa, pero a partir de la teorías del Estado Constitucional de Derecho se fue oscureciendo el funcionamiento en la construcción del derecho.

Una vez esclarecidos estos conceptos fundamentales, en la segunda parte de este ensayo, se procede a describir la forma en que se interpreta y aplica el derecho, con el objetivo de que en el siguiente apartado se haga una propuesta de la convivencia entre principios, reglas y postulados normativos. Y dado que el presente trabajo tan sólo es un inicio de la construcción de una teoría de los principios jurídicos, en el último capítulo se describe un ejemplo práctico basado en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así espero que con esta pequeña aportación a la teoría del derecho, en nuestro orden jurídico se tenga avances en la praxis, ya que de no ser así nuestros esfuerzos y los estudios que se concluyen, serían frívolos.

⁵ Tomo este concepto latino, que será explicado con posterioridad del capítulo tercero denominado "Construcción de inferencias normativas", del Doctor Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica, El Paradigma de la Racionalidad en la Ciencia del Derecho*, 1° edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p.144.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

SUMARIO: I.- CONCEPTO DE NORMA; II.- CONCEPTO DE FACULTAD; III.- CONCEPTO DE ESTADO Y ORDEN JURÍDICO; IV.- CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO.

“Casi siempre, los hombres que realizan un invento tan fundamental como el del nuevo paradigma, son o bien muy jóvenes o bien muy noveles en el terreno cuyo paradigma pretenden cambiar.”

Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific of Revolutions*

El objetivo del presente capítulo es esclarecer en primer plano conceptos imprescindibles para entender el significado de orden jurídico, tales como norma y facultad, ya que al concebir un marco general sobre el orden jurídico, podremos aproximarnos a la explicación del funcionamiento de sus componentes, particularmente en la interpretación y aplicación del derecho.

1. Concepto de norma.

Sostiene el Doctor Rolando Tamayo que “Norma” (y sus equivalentes en las lenguas modernas) proviene del latín *norma* y significa: “escuadra (instrumento de carpintero). De ahí que deriva del adjetivo: *normalis* (e): hecho a escuadra, trazado a escuadra. Un claro ejemplo de su uso extensivo es *normalisangulus* (ángulo recto). Después genera el adverbio *normaliter* (de *normalis*) que significa a escuadra, en línea recta, *normatio* (tionis), sinónimo de *normatura* (ae), significa acción de trazar a escuadra. Por ello, normal simplemente quería decir: conforme a la norma (escuadra). Y así, el verbo *normare* (o, as, are, avi, atum) significaba trazar a, con escuadra.”⁶

De esta forma, podemos advertir que norma designaba “instrumento o herramienta (de un artesano, de un carpintero) que garantizaba un trazo recto o

⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho*, Primera reimpresión a la 2ª edición, México, Editorial Themis, 2013, p. 25.

mejor aún, que aseguraba la rectitud del trazo, de ahí su extensión metafórica. Norma es, en cierto sentido, un patrón, el modelo, la medida geométrica”.⁷

Asimismo, para entender los alcances del significado norma, yo agregaría la palabra “ius”, de tradición romana, que sin embargo tiene su raíz en *usu* (en acadio, orden, línea de demarcación). También se relaciona con el acadio *sakura* y *sekerum* (impedir el acceso, prohibir, cerrar, del semita *skr* (estar prohibido)).⁸

Efectivamente, siguiendo las ideas del Doctor Enrique Dussel, los acadios nómadas, de raza semita, el primer imperio en Mesopotamia, el cual invadió a los sumerios, ya instrumentaban una línea de demarcación sobre la conducta de un individuo o grupo de individuos.

Es decir, los actos de voluntad por los cuales ciertos individuos establecen que conductas dejan de ser optativas, convirtiéndose en obligatorias, construyendo así normas jurídicas, lo que ya se expresaba hace más de cinco mil años, de tal forma que las teorías jurídicas y los usos de la expresión norma comparten varias tesis en común, a saber:⁹

- a) La norma jurídica es patrón de evaluación, es decir, la norma jurídica sirve para determinar si una conducta es lícita, ilícita, válida, nula, etc.;
- b) La norma jurídica es la unidad básica del derecho: cualquier orden jurídico es un conjunto de normas;
- c) La norma jurídica es creada, es decir, fue impuesta por un acto creador del derecho;

⁷ *Ídem.*

⁸ Dussel, Enrique, *Política de la Liberación Historia Mundial y Crítica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 26.

⁹ Sigo las ideas principales del significado “norma” del Doctor Tamayo y Salmorán, Rolando..., *op. cit.*, p. 28.

- d) La norma jurídica prescribe una conducta humana. En un lenguaje deontológico podríamos resumir diciendo que las normas prescriben tres supuestos básicos, a decir, obligaciones, prohibiciones y permisiones; y
- e) La norma jurídica se aplica. Para imponer sanciones a ciertos individuos o bien para usarla como fundamento.

En estas posturas se advierte como denominador común que la expresión norma jurídica, constituye un “acto de voluntad de un individuo o grupo de individuos, formulada en un lenguaje dirigido a un individuo o clase de individuos por el que se establece que cierta conducta (de este o de estos) está prohibida, obligada o permitida.”¹⁰

Razón por la cual resulta secundario que las prescripciones normativas se encuentren previstas en un documento o mediante ciertos símbolos, ya que una norma jurídica adquiere ese carácter independientemente que sea oral o escrita, siempre que la misma establezca una conducta, que por consecuencia ya no sea optativa, y que responde a ciertas voliciones humanas.

Efectivamente, tal y como lo aduce Bentham en *Of laws in general*: “Una norma jurídica (a law) puede ser definida como una composición de signos declarativos de una volición... sobre la conducta que debe observarse... por cierta persona o clase de personas.”¹¹

Luego resulta mera solemnidad o formalidad que la prescripción normativa este en un documento escrito, ya que esta puede ser oral o escrita, y en todo caso se puede modificar o reconstruir por ciertas instancias sociales, para que se

¹⁰ *Ibidem*, p. 62.

¹¹ *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, 2ª edición, México, Editorial Themis, 2001, p.12.

Véase: Hart, H. L. A, (ed), *Londres*, Athlon Press, University of London, 1970, p.1.

conviertan en una razón para que los miembros de la comunidad actúen, para que hagan lo que la norma prescribe.

Efectivamente, tal y como lo adelantábamos en la introducción del presente ensayo, no debemos perder de vista que las normas no son textos ni el conjunto de ellos, “sino el sentido construido a partir de la interpretación sistemática de textos normativos. De ahí que la afirmación de que las disposiciones constituyen el objeto de la interpretación y las normas, su resultado”.¹²

Para decirlo en otras palabras, no existe correspondencia entre norma y disposición, en el sentido de que siempre que haya una disposición habrá una norma, o siempre que haya una norma deberá haber una disposición que le sirva de soporte.

Consideraciones similares eran expuestas por Kelsen cuando aduce que “los diferentes elementos de una norma pueden estar contenidos en diferentes productos de los diversos procedimientos de creación (diferentes leyes, varios reglamentos, práctica judicial, etc.)”.¹³

En otras palabras, al componerse el orden jurídico de la totalidad de las prescripciones jurídicas que regulan las relaciones de un grupo de personas entre ellas o respecto de las autoridades, el derecho no sólo comprende normas expresas, sino también las derivadas.

Lo cual explica por qué a partir del presupuesto dogmático del derecho “la unidad, el orden jurídico es posible y necesaria la vinculación e interrelación de las normas, por lo que para Kelsen la tesis de la “norma no independiente”¹⁴ permite que los enunciados normativos sean concebidos como normas jurídicas en sentido

¹² Ávila, Humberto, *Teoría de los Principios...*, op. cit. p. 29.

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 68-70.

¹⁴ *Ídem*.

estricto, aun cuando no tengan una sanción coactiva por estar conectados a otros materiales jurídicos que sí la prevén y que van completar la consecuencia jurídica.

En efecto, el propio orden jurídico incluye normas regulativas o de comportamiento, pero también facultativas o constitutivas que disponen qué sujetos, en qué circunstancias, con qué procedimientos, crear nuevas normas, razón por la cual, se advierte claramente que el establecimiento de las normas, y en particular sus especies, dependerán de la valoración que el intérprete le dé a las disposiciones normativas.

Lo cual ya era descrito por Hart cuando sostiene que el derecho contiene diferentes tipos de normas, “primarias” que permiten, obligan o prohíben; pero también una serie de facultades dirigidas a los órganos de creación y aplicación del derecho (normas secundarias), dentro de esta segunda clase se encontrarías las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.

Efectivamente, el autor anglosajón en comento aduce que:

“If we stand back and consider the structure which has resulted from the combination of primary rules of obligation with the secondary rules of recognition, change and adjudication, it is plain that we have here not only the heart of a legal system, but a most powerful tool for the analysis of much that has puzzled both the jurist and the political theorist.”¹⁵

Así, al determinar el propio orden jurídico, la medida en que es posible la creación de normas individualizadas mediante la aplicación del derecho, se aprecia la característica distintiva del mismo, que es la capacidad de modificación y adecuación de conformidad con sus propias reglas en virtud de su carácter autopoiético.

¹⁵ Hart, H.L.A, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994, p. 98. Si nos detenemos y consideramos la estructura, la cual ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es claro que tenemos aquí no sólo el corazón del sistema legal, sino una herramienta más poderosa de análisis de lo mucho que ha desconcertado tanto a los juristas como teóricos del derecho.

Lo citado en los párrafos que anteceden nos lleva a anticipar, aunque sea en forma breve, dado que se desarrollara con mayor profundidad en el capítulo tercero, que si bien es cierto que todas las reglas son normas jurídicas, no todas las normas jurídicas funcionan como reglas, toda vez que la palabra *norma jurídica* es el género de diversas especies con diversas funciones.

Lo anterior se advierte nítidamente cuando Peter Stein, citado por el Doctor Rolando Tamayo y Salmorán, aduce que la “regla”, por su generalidad, comprende un mayor número de nombres que caen bajo el mismo principio. Así, “ciertamente algunas reglas son más generales que otras, a estas reglas los griegos les llamaron cánones”.¹⁶

En los mismos términos, Henrik Von Wright sostiene que “existen varios sinónimos parciales de norma, todos ellos en inglés correcto: patrón (pattern), modelo (standar), tipo (type) figuran entre ellos, al igual que reglamento (regulation), regla (rule) y ley (law).”¹⁷ Y de los cuales se debe distinguir su funcionamiento, para un correcto entendimiento e interpretación del derecho.

Por ejemplo, al utilizar norma jurídica y regla como sinónimos, se podría caer en el error que describe Hermann Heller cuando desea definir qué es la Constitución del Estado y sostiene que, “la norma jurídica es el reflejo de una normalidad que solamente se destaca”,¹⁸ empero si las normas jurídicas fueran solo el resultado del comportamiento habitual no sería posible ni el cambio ni el progreso institucionales.

¹⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica, El paradigma de la Racionalidad en la Ciencia del Derecho*, 1º edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 115.

¹⁷ Wright G, H. Von, *Norma y Acción, una Investigación Lógica*, Traducción Pedro García Ferrero, Madrid, Técnos, 1970, p. 21.

¹⁸ Heller, Herman, *Teoría de Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 200.

“Paradójicamente, la creación jurídica no tendría más función que la conservación o reproducción de un orden dado con anterioridad, sin embargo sucede que el comportamiento jurídico habitual puede ser súbitamente derogado.”¹⁹

2. Concepto de facultad.

Tal y como se describió en los párrafos que preceden, las normas jurídicas tienen la función de prescribir conductas prohibidas, obligatorias o permitidas, es decir, ciertas instancias sociales prescriben conductas para que se conviertan en una razón para que los miembros de la comunidad actúen, para que hagan lo que la norma establece.

De esta forma, aunque existe unanimidad en el sentido de que las normas obligan, permiten y prohíben, la teoría del derecho ha descuidado el término “facultades”, incluso muchas veces describiéndolo como sinónimo de permisión, empero, al hacerlo, se descuida una parte muy importante del derecho al omitir la prescripciones que que disponen qué sujetos, en qué circunstancias, y con qué procedimientos pueden crear nuevas normas.

En efecto, el concepto de facultad, se asocia con aquello que es optativo o potestativo, es decir, facultativo, de esta forma muchas de las veces se confunde con el derecho subjetivo, empero, si bien cierto los dos tienen el efecto de la permisión, no debe perderse de vista que en el caso de la facultad se produce como resultado de su ejercicio, un acto jurídicamente válido.

Ciertamente la diferencia estriba en que en la facultad, no se trata sólo de realizar hechos jurídicamente permitidos, sino de producir efectos jurídicos válidos. “La facultad tiene como objetivo la producción de ciertos actos jurídicos válidos, su

¹⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho...*, op, cit., p. 35.

propósito es que los actos, que en virtud de la facultad se realizan, tengan los efectos que se pretenden tener (que algo es un contrato válido, que algo sea un testamento válido).”²⁰

Así, el concepto de “facultad jurídica presupone la posesión de capacidad jurídica para modificar válidamente la situación jurídica existente. Indica que algo está investido jurídicamente (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos.”²¹

La idea de que existen derechos subjetivos de carácter obligatorio resulta incorrecta, toda vez que el mejor concepto sería de facultades de ejercicio obligatorio. Efectivamente el concepto de facultad se refiere, *prima facie*, a algo que puedes hacer u omitir, como en el caso de los derechos subjetivos, sin embargo, la diferencia de estos últimos con la facultad o potestad, es producir efectos jurídicos válidos.

Consecuentemente, el concepto jurídico de facultad indica que alguien está investido jurídicamente por una norma de derecho para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos, (tal vez en un contrato, testamento, revocar un poder, etc.,) en otras palabras, presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica para modificar válidamente la situación jurídica existente.

Ahora bien, existe una facultad, pero de ejercicio obligatorio como lo es la facultad de un juez para pronunciar una sentencia, indudablemente si bien es cierto que, por ejemplo un órgano jurisdiccional tiene la facultad prevista en una norma general, impersonal y abstracta, para determinar una resolución que ponga

²⁰ *Ibidem*, p. 116.

²¹ *Ibidem*, p. 117.

fin a un litigio, también lo es que tiene una obligación, en otras palabras y con un uso adecuado del lenguaje jurídico, posee la facultad de ejercicio obligatorio, ya que también tiene la responsabilidad de administrar justicia derivada de la filosofía política del contemporáneo Estado constitucional.

Ello es así, ya que al no dictar una sentencia en el plazo previsto por los códigos procedimentales de la materia, tiene diversas consecuencias negativas para el juzgador y que son dictaminados por el órgano de administración y vigilancia de jueces y magistrado del Poder Judicial, es decir, del Consejo de la Judicatura, ya sea local o federal.

Justamente, su facultad es de ejercicio obligatorio, ya que su función jurisdiccional obedece a un contexto histórico y político, por virtud del cual se abandona la justicia por propia mano o privada, y se confía en las instituciones creadas por el contemporáneo Estado liberal de derecho, dotando a jueces y magistrados de decir sobre diversos conflictos entre particulares, o bien, ante la administración pública, pero también se le prescribe responsabilidades, verbigracia, dictar una sentencia en tiempo y forma legal.

En estos mismos términos, el Doctor Peces Barba,²² al describir los tipos de relación jurídica que presuponen los derechos fundamentales, siguiendo las ideas de Wesley Hohfeld en su libro "Fundamental legal conceptions, as applied in judicial reasoning",²³ aduce la siguiente clasificación:

A) Derechos Subjetivos: Cuando frente al titular del derecho, sujeto activo, existe un sujeto identificable obligado por ese derecho, sujeto pasivo. Así existe un

²² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 292-294.

²³ Véase también: Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental legal conceptions. As applied in judicial reasoning*, Ed. por Wlatwer Wheeler Cook, Greenwood Press, Publisher, Westport, Conn, Versión en español de Genaro Carrió: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Distribuciones Fontamara, 1991. (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política).

derecho fundamental cuando su titular “A” tiene derecho a exigir “X” de “B”, o visto desde el obligado cuando existe un deber de realizar “X” por parte de “B.”

B) Libertad: Cuando su titular tiene la libertad frente a “B” de realizar o no “X”, es decir, si “B” no es el titular de un derecho subjetivo para que “A” realice “X” o se abstenga de efectuarlo.

C) Potestad: cuando su titular “A” tiene el poder y puede producir efectos jurídicos que obligan a “B” mediante el acto “X”, y esto se produce si “B” está sujeto frente “A”, es decir, si la situación jurídica de “B” se ve afectada por el acto “X” de “A”.

D) Inmunidad: Cuando su titular está exento respecto de los efectos jurídicos del acto “X” de otro sujeto, es decir, cuando es incompetente para alterar mediante este acto la situación jurídica del sujeto titular.

De esta forma, las facultades son poderes específicos conferidos por el orden jurídico a los individuos para concurrir en la creación de normas jurídicas individuales, o bien en el caso de capacidades procesales para concurrir en la creación de normas individuales contenidas en las decisiones jurisdiccionales. Así, el aspecto más importante del concepto facultad se encuentra relacionada con el proceso de creación del orden jurídico.

El cual, cabe aclarar en este momento, ya que será de suma importancia al momento de construir el tercer capítulo de este ensayo que, “el derecho es un sistema normativo dinámico compuesto de actos por los cuales se crea y aplica el derecho.”²⁴

Con la expresión, orden jurídico, los juristas indistintamente se refieren a un conjunto de disposiciones jurídicas o a un compuesto de actos jurídicos, los cuales

²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado...*, op. cit., pp. 132-140.

producen y aplican tales disposiciones, empero no se debe perder de vista que aunque la dogmática jurídica considera el orden jurídico como un conjunto de normas dadas enfatizando su imagen estática; el mismo, sin embargo, se forma de ambos componentes, el fáctico (actos de creación y aplicación del derecho) y el normativo (las normas jurídicas son creadas y aplicadas por tales actos). Ambos componentes normas y actos jurídicos se encuentran estrechamente relacionados, pero todo eso se desarrolla a continuación.

3. Concepto de Estado y orden jurídico.

3.1. El Estado.

Para comprender lo que hoy en día denominamos Estado, debemos remitirnos a las ideas de G. Burdeau, quien sostiene que:

“Forma de poder, el Estado no es la única; por tanto, no es posible hablar del Estado en tanto manera de ser del poder, sin haber definido el propio poder previamente. Nosotros pensaremos en el primero. Después examinaremos las condiciones en las cuales, empujados más por las circunstancias que por el progreso de su sensibilidad política, los hombres piensan el Estado: registrándose su acto de creación. Finalmente, consideramos la institución en la que se inscribe ahora el poder y encontramos en ella una respuesta a todas las cuestiones que han motivado la génesis de los conceptos de Estado.”²⁵

En otras palabras, lo real, lo perceptible, lo objetivo es el poder político, siendo el Estado solamente una forma en la que este se organiza. “Lo que existe es el poder, no el Estado, de donde aun conceptualmente, el primero antecede y da sentido a este.”²⁶

El Estado no puede entenderse sin el poder, mientras que el poder sí puede comprenderse sin el Estado, de esta forma consideramos lo siguiente:

²⁵ Covián Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, A. C., 2004, p. 327.

²⁶ *Ídem.*

- A) El Estado es una abstracción mental;
- B) Una forma de organización (entre muchas otras);
- C) El poder político lo construye; y
- D) La organización del poder político tiene una génesis y una teleología.

En efecto, el Estado es una operación mental, pero con el objetivo de destinar propiedades a tal concepto, las cuales estarán encaminadas a la forma de organización, en cuanto a la génesis y fines del poder político.

En este sentido, el Estado constitucional de derecho, del que tanto se habla en los círculos académicos, sociales y mediáticos, no es otra cosa que la forma de ser del poder políticamente organizado que el liberalismo burgués supo imponer a la perfección utilizando al derecho como herramienta esencial para lograr sus fines. Justamente construyó instituciones y ficciones jurídicas a través de las cuales el poder se manifiesta y funciona, con el objeto de que las mismas fueran reconocidas y eficaces ante los destinatarios o gobernados.

Al crear instituciones jurídicas, éstas asumen todo el peso y crítica social, mientras que los factores económicos y mediáticos son los que en verdad ordenan. En efecto “el Estado constitucional del siglo XIX fue concebido como la maquinaria perfecta de ingeniería social. Su constitución formal, mecánica y artificial, le confirió una fuerza y plasticidad nunca conseguida por cualquier otra entidad política”.²⁷ La fuerza era simultáneamente externa e interna; ejercida externamente por un poder militar y económico contra los Estados extranjeros y los que competían en la acumulación mundial del capital; ejercida internamente, sobre todo, por medio del derecho contra enemigos internos de una transformación social normal y conservadora.

²⁷ Santos, B., *Crítica de la Razón Indolente. Contra el Desperdicio de la Experiencia*, Bilbao: Desclée de Brouwer, Sao Paulo, 2000, p.193.

La plasticidad resultante de una manejabilidad institucional y jurídica prácticamente infinitas, residía en la capacidad del Estado para decidir cuáles eran los medios y fines normales y anormales de la transformación social. Estas características extraordinarias convirtieron al Estado en la unidad natural de espacialidad y temporalidad homogéneas de la transformación y de la inteligibilidad sociales.

De esta forma, el poder económico y mediático utiliza el poder político para conseguir sus fines, razón por la cual los poderes fácticos, esencialmente económicos, han controlado con su modelo de Estado a los demás individuos de la sociedad por medio de algo que denominamos gobierno, no sólo en México, sino con una interconexión a nivel mundial.

En relatadas consideraciones, advertimos la diferencia del poder político contemporáneo que organiza el ser o forma de ser del Estado, que mediante herramientas jurídicas construyó instituciones y ficciones jurídicas a través de las cuales el poder se manifiesta y funciona, con el objeto de que las mismas fueran reconocidas y eficaces ante los destinatarios o gobernados.

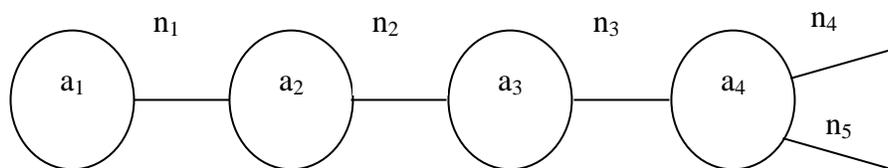
Así, los teóricos y filósofos del derecho afines a estas políticas, construyeron conceptos vitales para entender el concepto de constitución del orden jurídico, mediante la idea de régimen constitucional que no es otra cosa que: a) supremacía constitucional, b) rigidez constitucional, y c) defensa constitucional. En efecto, con estas ideas, se alude a un orden jurídico, encabezado por una Constitución, regido bajo diversas formalidades procedimentales y sustanciales, que en caso de no cumplirse, existen mecanismos de defensa.

3.1. Orden Jurídico.

Con la expresión “orden jurídico”, la teoría del derecho muchas veces describe un conjunto de normas dadas, y por lo tanto estáticas, sin embargo, tal y como lo anticipábamos, el orden jurídico se forma de componentes fácticos (actos de creación y aplicación del derecho) y normativos (las normas jurídicas son creadas y aplicadas por tales actos).

Ambos componentes, normas y actos jurídicos, se encuentran estrechamente relacionados, por lo cual, siguiendo las ideas de Joseph Raz citado por Rolando Tamayo en sus cadenas normativas;²⁸ sin embargo, no se debe pensar que el condicionamiento sucesivo de una cadena normativa, no se limita al hecho de que ciertas reglas precedan a otras, toda vez que las prescripciones previas, además señalan siempre las características que han de acompañar a los actos que las aplican, para que estos últimos puedan crear normas jurídicas válidas.

Razón por la cual normas y actos jurídicos adquieren un sentido normativo dentro de un orden jurídico determinado, mientras determinan los sucesos que las aplican y se conforman a las normas que las condicionan, y cuya representación es la siguiente.²⁹



De esta forma, “los órdenes jurídicos deben ser considerados como intrincadas urdimbres de actos y materiales jurídicos, interrelacionados con los que

²⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho...* op, cit., p. 243-255.

²⁹ *Ídem.*

se realizan diversas funciones, entre las cuales el facultamiento es una de tantas.”³⁰

Ahora bien, para el entendimiento de dicha cadena normativa, sólo resta hacer dos aclaraciones fundamentales:

a) Aunque ya se desarrolló al inicio del presente trabajo, no debemos perder de vista que cuando nos referimos a que las cadenas normativas se componen de normas, no se debe entender éstas como un artículo o precepto de un texto legislativo reglamentario, “sino al material jurídico normativo que sin exceso ni deficiencia confiere facultades jurídicas a ciertos individuos, señalando las formas de su ejercicio, así como sus efectos normativos.”³¹

b) La creación jurídica no se produce de una vez y para siempre, por el contrario, la creación o innovación jurídica se produce de forma constante, por lo cual el orden jurídico no es sino el cuadro de las transformaciones jurídicas unitariamente consideradas.

En efecto, debemos distinguir entre “un orden jurídico momentáneo y un orden jurídico propiamente dicho, el primero es un subsistema del orden jurídico. Para cada orden jurídico momentáneo existe un orden jurídico que contiene todas las disposiciones jurídicas del orden jurídico momentáneo, por lo tanto no existe un sistema jurídico que no contenga al menos un orden jurídico momentáneo.”³²

Así por ejemplo, diversos autores hacen la diferencia entre sistema jurídico y orden jurídico, aduciendo que dicha distinción se debe a la operatividad en el tiempo, siendo el primero diacrónico y el segundo sincrónico, así entre ellos sustenta la Doctora Carla Huerta Ochoa lo siguiente:

³⁰ *Ídem.*

³¹ *Ídem.*

³² *Ídem.*

“Estos conceptos serán definidos siguiendo las ideas de Alchourrón y Bulygin, considerando al sistema como la sucesión infinita de órdenes jurídicos, los cuales se diferencian entre sí por el conjunto de normas que los conforman. El cambio de un orden a otro se establece en el momento en que existe un cambio de una sola norma jurídica general, ya sea por creación o por derogación.

Será así posible considerar como diacrónica la aplicabilidad de las normas que integran el sistema jurídico, ya que se localizan e identificaban no sólo por su operatividad a través del tiempo, sino incluso por la posibilidad (excepcional y expresamente prevista) de la aplicación de una norma derogada. De modo que para resolver ciertos casos, es posible que en el momento de la toma de decisiones se proceda a buscar la norma aplicable en el pasado, regresando hasta el momento de los hechos. O bien, que se resuelva conforme a disposiciones que ni siquiera existían en el momento de los hechos, pero que son vigentes al tomarse la decisión, cuando por ser más favorables, así lo ordene alguna norma. Estos fenómenos son conocidos como ultraactividad y retroactividad respectivamente.”³³

De lo antes transcrito se advierte que el sistema comprende normas vigentes, pero también aquellas que han sido derogadas, por lo cual el criterio definitorio de sistema es el de “pertenencia”, así una norma que se inserta en un sistema jurídico al entrar en vigor comienza a existir porque puede producir consecuencias jurídicas, desde ese momento pertenece al sistema y este hecho ya no puede ser modificado.

En cambio, “el orden jurídico sirve para explicar la transformación material dentro del propio sistema, ya que se refleja la modificación de sus normas, y para identificar el conjunto de normas aplicables en un momento temporal definido, debe utilizarse el criterio de vigencia.”³⁴

Sin embargo, contrario a lo citado en los párrafos que preceden el multialudido Doctor emérito de la UNAM, sostienen que:

³³ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, México, UNAM, 2007, pp. 29 y 30.

³⁴ Huerta Ochoa, Carla..., *op. cit.* p. 33.

“Al ser el orden jurídico un continuo proceso de creación, entonces, el mismo no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que es solamente el cuadro de transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas. Por todo ello, los órdenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo, por el contrario, cambian constantemente de entidades y por tanto de criterios de identidad. El orden jurídico no es sino una sucesión de ordenes jurídicos momentáneos un proceso constante de creación normativa, razón por la cual se habla de ordenes jurídicos momentáneos.”³⁵

En efecto, a diferencia de un sistema (del latín *systema* y del griego *σύστημα*, un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí),³⁶ el orden jurídico es solamente el cuadro de las innovaciones o transformaciones jurídicas unitariamente consideradas, es decir, una sucesión de órdenes jurídicos momentáneos, un proceso constante de creación normativa.

Lo cual hace más evidente lo descrito en la introducción del presente trabajo, con relación a que la individualización de la norma resulta de su integridad y de su unidad del orden jurídico, es decir, la idea de una norma jurídica no es idéntica a una disposición legislativa, ya que muchas leyes de diferentes ramas del derecho, así como los preceptos judicial e incluso descripciones de la teoría del derecho, contribuyen al contenido de cada norma jurídica.

4. Concepto de Constitución del Orden Jurídico.

Desarrollo por último el concepto de constitución, no por demeritar su valor o importancia, sino por el contrario, al haber hecho una explicación sucinta de qué significa la palabra en comento, seremos capaces de complementar la explicación del orden jurídico.

En efecto, tal y como se ha descrito en los apartados precedentes, para que un acto o norma jurídica sea válido, es necesario que exista una prescripción que

³⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho...*, op, cit., p. 257.

³⁶ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Editorial Madrid Espasa, España, 2001.

confiera facultades y que un acto se conforme a las condiciones impuesta por ella, entonces el enunciado que describe este proceso de creación o modificación jurídica es verdadero “si y solo si, existe una norma que faculte a crear o modificar normas”, sin embargo, para la explicación de una constitución del orden jurídico, la explicación es más compleja.

Ahora bien, en virtud de que el presente concepto lo he abordado con amplitud en mi tesis de licenciatura,³⁷ tan sólo pretendo hacer un breve resumen de las consideraciones concluidas en dicho trabajo.

Siguiendo la ideas del Doctor Rolando Tamayo, la palabra Constitución, desde un punto de vista etimológico, es el equivalente contemporáneo de la palabra utilizada en el derecho romano *constitutio*, misma que tiene su origen en el verbo latino *constitue*, que significa ‘poner’, ‘colocar’, ‘levantar’, ‘construir’, ‘fundar’.³⁸

De igual forma, dicho autor señala que la palabra *Constitutio* tiene en principio varios significados, los cuales son:

a) ‘Estado’, ‘postura’, ‘condición’, ‘carácter’, ‘constitución’. Así, *Constitutio Corpoporis*: El estado del cuerpo, complexión, la forma de ser de algo.

b) ‘Arreglo’, ‘disposición’, ‘orden’, ‘organización’. Así *Constitutio Reipublicae*: La organización del Estado.

c) ‘Norma’ (Constitución estatuto, ‘ley’, ‘ordenanza’). Así, *Justu momne continetur natura vel constitutione*: Lo justo se basa en la naturaleza o en la ley.

Por último, sostiene que para entender el significado de la palabra *Constitutio*, existen diversas acepciones, tal como *constitutum*, que significa

³⁷ González Cerecedo, Enrique, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de los Tratados en Materia Tributaria previo a su Ratificación*, México, 2010 pp. 1-45.

³⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 2ª edición, México, Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002.p. 37.

`convención', `acuerdo', `pacto'; o bien la palabra *constitute*, cuyo significado es `construir', `fundar', `instruir', `disponer`.³⁹

Por otra parte, en la actualidad derivado de toda la tradición europea, liberalismos concretamente, se ha sostenido que la constitución se puede describir en un sentido formal y material, siendo que este último es el conjunto, estructura y sistema de normas jurídicas de un Estado, cuya división corresponde a dos apartados, uno orgánico y otro dogmático. Es decir, por una parte, un conjunto de preceptos jurídicos que establecen los derechos fundamentales de los gobernados y por otra parte, la instauración de la división de poderes.

En sentido formal, la constitución es definida por Hans Kelsen como "cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas, que sólo pueden ser modificadas mediante la observación de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas."⁴⁰

En efecto, se ha definido a la constitución en sentido formal como aquel documento cuyo procedimiento de modificación por los órganos facultados resulta mucho más complicado o rígido en comparación con las demás normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico, dado que el mismo resulta ser una norma suprema.

Empero, autores como Ferdinand Lassalle o Carl Schmitt, fueron grandes críticos de esta posición formal y material, aduciendo que la constitución en sentido formal y material no pueden definir lo qué es la Constitución, toda vez que incluso estas características podrían desaparecer, y aun así la Constitución no perdería su esencia.

³⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando..., *op. cit.*, p. 38.

⁴⁰ Hans, Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1998, p. 147.

Concretamente, Ferdinand Lassalle, en una conferencia pronunciada en Berlín en el año de 1862, pregunta *¿Qué es una Constitución*, y *¿En qué consiste la verdadera esencia de una constitución?* Cuestionamientos que el propio autor responde:

“Si hiciese esta pregunta a un jurista, me contestaría seguramente en términos parecidos a éstos: “La Constitución es un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país. O en términos un poco más generales, puesto que también ha habido y hay Constituciones republicanas: “La Constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación.

Pero todas estas definiciones jurídicas formales, y otras parecidas que pudieran darse, distan mucho de dar satisfacción a la pregunta por mí formulada.

Estas contestaciones, cualesquiera que ellas sean, se limitan a describir exteriormente cómo se forman las Constituciones y qué hacen, pero no nos dicen lo que una Constitución es. Nos dan criterios, notas calificativas para reconocer exterior y jurídicamente una Constitución. Pero no nos dicen, ni mucho menos, dónde está el concepto de toda Constitución, la esencia constitucional.”⁴¹

Entonces, se observa claramente que Lassalle rechaza enérgicamente los conceptos formales y materiales del constitucionalismo liberal burgués del siglo XVIII. Por lo cual y con el fin de contestar a las interrogantes centrales de su conferencia realiza una comparación entre ley y Constitución, afirmando que si bien ambas normas tienen un mismo origen legislativo, la diferencia estriba principalmente en que la Constitución es una Ley Fundamental; sin embargo, considera que aún no se contestan la preguntas centrales, en virtud de que, con el término antes aludido, sólo se obtiene una nueva palabra, una nueva expresión.

En este sentido y con el objeto de profundizar el término de Ley Fundamental y distinguirla de otra ley sostiene:

⁴¹Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Themis, S. A., 1992, p. 37.

1. ° Que al ser Fundamental una Ley, ésta ahonde más que las leyes corrientes.

2. ° Que la Ley Fundamental constituya, es decir, que esta irradie o penetre a las demás leyes ordinarias.

3. ° Que la Ley Fundamental debido a su esencia o su ser, resulta una fuerza activa que hace por un imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones sean lo que realmente son, de tal modo que a partir de ese instante no puedan promulgarse en ese país aunque se quisiese otra cualesquiera.

Concretamente, en el punto tercero antes referido, Lassalle centra su atención aduciendo esencialmente que la Constitución y su esencia se trata de un “ser”, es decir, “la suma de los factores reales de poder”.⁴² Cuyos factores reales de poder, descritos por el propio Lassalle son: el rey, la aristocracia, los banqueros, el ejército, la burguesía, todos de su época; empero, esta suma no tiene que ser vista como una adición de cada factor, cuyo resultado es la Constitución, sino que dicha suma debe interpretarse como una consecuencia del peso político que al efecto tiene cada factor real de poder. En este sentido, el Doctor Miguel Covián Andrade precisa:

“Ahora bien, conviene aclarar y esto no lo hace Lassalle, que cuando se hable de “suma de los factores de poder”, no se piense en la adición mecánica o matemática de los intereses y aspiraciones de unos y otros factores de poder. La constitución no es “los intereses del rey, más los de la aristocracia, más los de los banqueros, más los de la burguesía, etc.”. Esta idea de Lassalle debe entenderse en forma dinámica y dialéctica. “Suma” en él no es adición, sino “resultado o resultante.”⁴³

⁴² *Ibidem*, p. 50.

⁴³ Covián Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, A. C. 2002, pp. 57 y 58.

Entonces para Lassalle, la Constitución es la suma de factores de poder, atribuyendo a la misma un carácter eminentemente político y no jurídico, siendo que tales poderes devienen de jurídicos, en el momento en que los factores reales extienden su voluntad en una hoja de papel, es decir:

“Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel se les da expresión escrita y en ese momento ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas y quien atente contra ellos atenta contra la ley y es castigado.”⁴⁴

De lo anteriormente citado, se colige claramente que Lassalle incorpora en este sentido el elemento del “deber ser” de la Constitución, es decir, la “hoja de papel” va a servir como instrumento por medio del cual los factores políticos crean o constituyen instituciones de derecho, con el fin de que recaigan consecuencias jurídicas respecto de los demás gobernados.

Por lo anterior para el aludido autor, existen dos tipos de Constitución, por una parte la “real” y por otra la “escrita”, siendo la primera la que se encuentra constante en la sociedad y que siempre ha tenido, y que recae en los factores reales de poder, lo cuales por su peso político definen el ser del Estado. Además, una Constitución escrita por medio de la cual dichos factores crean o constituyen instituciones de derecho, con el fin de que recaigan consecuencias jurídicas respecto de los demás gobernados.

En forma muy similar, el jurista alemán Carl Schmitt, adscrito a la escuela del llamado Realismo Político, sostiene a la Constitución como un “concepto absoluto,” menciona que si bien puede concebirse a la Constitución como una unidad política de un pueblo (decisionismo), tal palabra de igual forma, “significa un sistema cerrado de normas y entonces, designa una unidad, sí pero una unidad

⁴⁴ Lassalle, Ferdinand, ... *op. cit.*, p. 50.

existiendo en concreto, sino pensada, ideal. En ambos casos, el concepto de Constitución es absoluto, porque ofrece un todo.”⁴⁵

En este sentido, para la conceptualización de la palabra Constitución en sentido absoluto, señala tres significados, de los cuales se puede destacar que de forma reiterada en todos estos refiere a la Constitución como una unidad política y social dinámica, la cual siempre se renueva, es decir, que la sociedad no se encuentra estática, sino por el contrario, siempre surge algo nuevo dentro de la misma.

Ante ello, aduce en el concepto absoluto de Constitución que este resulta de “algo normativo relativo al “deber ser”, es decir, “la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, ley de leyes. Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental.”⁴⁶

Sin embargo, el autor en comento descarta la conceptualización de la Constitución como una norma fundamental, en virtud de que si bien una norma puede valer atendiendo a los principios de justicia u ordenación jurídica, la misma no puede contener la voluntad positiva del ser del Estado que da origen al deber ser. Por lo cual en el ser del Estado se coligen factores políticos o sociales, y no sencillamente una norma que se funda en otra norma.

Entonces se advierte que al descartar a la Constitución como una norma fundamental, el jurista alemán critica la visión positivista del derecho, aduciendo que “una Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones.”⁴⁷

⁴⁵ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Alianza, 1982, p.29.

⁴⁶ *Ibídem*, p. 33.

⁴⁷ *Ibídem*, p. 35.

Razón por la cual, al describir su “concepto de constitución escrita”, esgrime que ese carácter formal de la Constitución escrita sólo puede ser “adquirido cuando ciertas propiedades, sea de la persona u órgano que emite el documento, sea el del contenido instrumentado, justifican hablar de una Constitución en sentido formal.”⁴⁸

Considera errónea la idea enunciada por Ferdinand Lassalle, en el sentido de que una Constitución adquiere el carácter de escrita, por el simple hecho de que alguien ha llevado ciertas prescripciones o mandatos a una hoja de papel, toda vez que tales prescripciones deben así considerarse por algún órgano competente.

En este sentido, aduce que las principales razones que tienen los sujetos para designar a una Constitución en sentido formal, precisamente a la Constitución escrita, son de demostrabilidad y mayor estabilidad de lo prescrito; sin embargo, tal carácter formal (Constitución escrita) necesita proceder de un órgano competente, bajo un procedimiento adecuado.

Por tanto para Carl Schmitt, la Constitución en sentido formal no es más que una serie de Leyes Constitucionales escritas, perdiéndose el concepto de Constitución, como una codificación constitucional cerrada y un concepto absoluto de Constitución.

Entonces concluye aduciendo que la esencia de la Constitución reside precisamente en la decisión, contenida en el acto del poder constituyente, y no en una norma o ley. En este sentido y dado que la teoría constitucional en comento describe entre otras a la Constitución Alemana de Weimar de 1919, Schmitt menciona que “todo lo que dentro del Reich alemán hay de legalidad y

⁴⁸ *Ibidem*, p. 38.

normatividad, vale solamente sobre las bases y solamente en el marco de estas decisiones.”⁴⁹

Entendiendo como decisiones, precisamente las voluntades políticas fundamentales del acto constituyente que decide la forma de ser del Estado alemán, y que sirve como base de las prescripciones normativas, dado que algo es jurídicamente digno de existir o establecerse, siempre y cuando detrás o al final de dicha prescripción, exista un sustento político con bastante fuerza para sostenerlo.

Al emanar la Constitución de acontecimientos ontológicos, es evidente que las decisiones políticas fundamentales, no siempre van a ser las deseadas por todos los grupos de poder que al efecto luchan para que prevalezca su voluntad.

Entonces Schmitt afirma que, con frecuencia se designa como verdadera a la Constitución que por razones políticas responde a cierto ideal, ejemplificando lo anterior con lo sucedido en la burguesía liberal, en la lucha contra la Monarquía Absoluta, donde dicha burguesía reconoce a la Constitución, cuando se cumplen sus exigencias y su injerencia política.

En este sentido aduce que los liberales sólo considerarán constituciones liberales dignas de nombrarlas como Constitución, aquellas que contuvieran garantías de la libertad burguesa, es decir, “el reconocimiento de los derechos fundamentales, división de poderes, y al menos una participación del pueblo en el poder legislativo mediante una representación popular”,⁵⁰ cuyo concepto burgués es el que domina en la actualidad, el cual se compone por dos elementos: “los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad burguesa frente al Estado; y el elemento político del que ha de deducirse la forma de gobierno”.⁵¹

⁴⁹ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 60.

⁵¹ *Ibidem*, p. 62.

En relatadas consideraciones para la construcción del concepto de Constitución, retomaría lo último aducido por Schmitt, en el sentido de que las voluntades políticas fundamentales del acto constituyente deciden la forma de ser del Estado, y ello sirve como base de las prescripciones normativas, dado que algo es jurídicamente digno de existir o establecerse, siempre y cuando detrás o al final de dicha prescripción, exista un sustento político con bastante fuerza para sostenerlo.

En efecto, al emanar la Constitución de acontecimientos ontológicos, es evidente que las decisiones políticas fundamentales, no siempre van a ser las deseadas por todos los grupos de poder que al efecto luchan para que prevalezca su voluntad, razón por la cual este órgano constituyente soberano en la medida que es obedecido de facto, lo cual se puede explicar con la siguiente fórmula: “X es Rex (primer legislador, órgano constituyente) si y sólo si X es habitualmente obedecido.”⁵²

Sin embargo, no debe perderse de vista que la instauración del orden jurídico deriva de un hecho a priori, de los diversos factores reales de poder (Lassalle) que deciden precisamente las consecuencias jurídicas que deben regir al resto de los individuos, y no de actos jurídicos, toda vez que la persona o grupo de personas que determinan la Constitución, lo hacen con base en su fuerza política y no en virtud de una facultad normativa.

Justamente ese poder que la dogmática constitucional ha nombrado soberano y el cual impone su voluntad, es el que determinará la naturaleza, forma, límites, y deber ser del poder estatal, es decir, “la soberanía equivale a la racionalización política y jurídica del poder.”⁵³

⁵²Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución...*, op. cit., p. 281.

⁵³Valadés, Diego, *El Control del Poder*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, 2000, p. 149.

No obstante, aunque en la teoría política se aduce que la soberanía recae en el pueblo, para los fines del presente trabajo debemos esclarecer eso, y sostener que la palabra pueblo es un concepto indeterminado, que no se refiere a un ser único e indivisible, sino un ser colectivo, “consecuentemente la soberanía no recae en él, de manera abstracta, sino en alguno o algunos de los componentes, en forma concreta (factores reales de poder de Lassalle, los grupos de poder económico interno y/o los partidos político, etc.)”⁵⁴

En este mismo sentido, el profesor Rolando Tamayo y Salmorán sostiene que la soberanía es característica de una comunidad política independiente, la cual se presenta “cuando la instancia creadora del derecho no recibe su autoridad de nadie más, cuando es la instancia suprema y fuente última del derecho de la comunidad”.⁵⁵ Es decir, tal concepción recae en un individuo o conjunto de individuos, con suficiente fuerza para imponer su voluntad (poder constituyente), y por lo tanto ser habitualmente obedecido.

Este deber de obediencia instauration la fundación, instauración o constitución del orden jurídico, creando así la misma que tendrá una función al igual que el resto de actos y normas jurídicas que componen el orden jurídico, siendo esta la función constitucional.

No es óbice para determinar que la Constitución es una norma básica que funda o instauration el orden jurídico, que no todos los órdenes jurídicos cuentan con constituciones escritas, es decir, prescripciones normativas en un documento; ya que independientemente de que ello ya fue explicado con amplitud, se recalca por su importancia que, una norma jurídica adquiere ese carácter independientemente que sea oral o escrita, siempre que la misma establezca una conducta, que por consecuencia ya no sea optativa, y que responde a las voliciones de quien los impone.

⁵⁴ Covián Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional...*, op. cit. p. 146.

⁵⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho...*, op. cit. p. 168.

Efectivamente no debemos confundir las normas con los textos ni el conjunto de ellos, dado que estas se construyen a partir de la interpretación sistemática de textos normativos, de ahí que la afirmación de que las disposiciones constituyen el objeto de la interpretación; y las normas, su resultado.

Para decirlo en otras palabras, no existe correspondencia entre norma y disposición, en el sentido de que siempre que haya una disposición habrá una norma, o siempre que haya una norma deberá haber una disposición que le sirva de soporte.

Recordando siempre que el orden jurídico tiene la peculiaridad de incluir las normas que disponen qué sujetos, en qué circunstancias y con qué procedimientos, pueden crear nuevas normas, por lo cual resulta mera solemnidad o formalidad, la prescripción normativa en un documento de las decisiones políticas y derechos fundamentales de los gobernados que constituyen, fundan o instauran el orden jurídico, dado que algo es jurídicamente digno de existir o establecerse, siempre y cuando detrás o al final de dicha prescripción, exista un sustento político con bastante fuerza para sostenerlo y hacerlo eficaz.

Así, en el Estado contemporáneo liberal, “la Constitución escrita no tiene otro objetivo (consciente o inconsciente) que garantizar una mayor efectividad en su aceptación.”⁵⁶

En el mismo sentido, Manuel Aragón Reyes aduce que si bien la existencia de un documento escrito y solemne, es un elemento indispensable para los revolucionarios americanos y franceses, dado que tal solemnidad resulta un signo distintivo del régimen constitucional, para los defensores del gobierno británico “la

⁵⁶ Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución...*, op. cit., p. 265.

idea misma de una Constitución escrita que a su juicio no puede ser otra cosa que una vana utopía o la consagración formal de un régimen tiránico”.⁵⁷

Siendo que la polémica adoptada sobre la forma en que se instaura la Constitución, a partir de la segunda década del siglo XIX, se ve desvanecida y ya no “se discute que el Gobierno británico sea, pese a carecer de una Constitución escrita, un gobierno Constitucional, ni que aquella sea un instrumento útil o indispensable para instaurarlo.”⁵⁸

⁵⁷ Aragón Reyes, Manuel y otros, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p. 29.

⁵⁸ *Ídem.*

CAPÍTULO SEGUNDO

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO.

SUMARIO: I.- IURISPRUDENTIA ROMANA; II.- INFERENCIAS DEL DERECHO; III.-INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN; IV.-. PRÁCTICAS INTERPRETATIVAS; V.- SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN.

“El ser, como instancia trascendental, ha jugado antes que nosotros, y nos movemos inexorablemente siempre en el espacio que él nos ha abierto, la primera palabra que articulamos es ya una segunda palabra, es ya una repetición, es ya una respuesta, pues el ser ya ha hablado, ya siempre y constantemente antes que nosotros.”

Ludwig Wittgenstein,
Tractatus logico -philosophicus

1.- Iurisprudentia romana.

Antes de desarrollar un estudio muy sucinto sobre el derecho romano, para obtener un mejor entendimiento al momento de abordar los principales temas del presente capítulo y el siguiente, conviene en principio advertir que se desarrollará en gran medida las principales ideas del Doctor Rolando Tamayo y Salmorán vertidas en diversas obras, ya que en mi percepción, el maestro emérito en comento no sólo ha hecho un gran trabajo en la descripción (teoría) y reflexión del derecho (meta teoría), sino además una excelente y abundante narración de la historia de la ciencia jurídica, que nos sirve para esclarecer diversos temas que a lo largo del tiempo tan sólo se han oscurecido por las abundantes, pero ineficientes lecturas que día con día se escriben en nuestro campo.

En este orden de ideas, la historia proporciona una contundente evidencia sobre la persistencia de la palabra derecho, no desde hace 500 años, sino desde el principio de la historia de la humanidad (que se tiene registro oficial). Por ejemplo, en “Mesopotamia ya se disponía de colecciones de disposiciones escritas en acadio o sumerio, que llamaban derecho (kittu, kittamo o misarum), o bien

Hammu-rab expresamente dice: he establecido la equidad y el derecho en el país.”⁵⁹

O incluso en el antiguo Egipto que “contaba no sólo con la existencia de la palabra derecho, sino además la existencia de un alto porcentaje de términos técnicos relacionados. Así, en el juicio de los muertos, sus acciones en vida eran medidas por una balanza sostenida por Ma’at. Los griegos, por otra parte, disponían no sólo de términos técnicos, sino de una amplia literatura jurídica.”⁶⁰

Hasta llegar a los romanos (claro, sin olvidar que nuestra cultura milenaria prehispánica, que también desarrollaba sus técnicas y descripción de las mismas para limitar el comportamiento humano) cuyos juristas se percataron anticipadamente que el derecho no era definible ostensiblemente, “para describir el derecho era necesario producir las condiciones para su observación, algo parecido a mostrar la solubilidad, la conductibilidad o la iracundia. En efecto, las propiedades del derecho se vuelven observables si este es dicho. Por lo cual el derecho es un dictum.”⁶¹

Es por ello que en el Digesto 1, 1,11, se advierte que “se llama derecho al lugar donde el derecho es aplicado, dando el nombre de lo que se hace, donde se hace, ese lugar se denomina correctamente derecho”. Así, *ius* indica el acto o el lugar donde el *ius* aparece, el lugar del *iusdicere*; el lugar donde se dice el derecho; indica el mismísimo acto del pronunciamiento del derecho. De ahí la expresión *iuris-dictio* (jurisdicción), acto por el cual se dice o se pronuncia el derecho; de ahí también *iu-dex* (juez) el que dice el derecho”.⁶²

Efectivamente, algo existe como derecho a partir del momento en que este es pronunciado. Por ello no es extraño que *ius* signifique, en ocasiones, actos o

⁵⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho*, Primera reimpresión a la 2ª edición, México, Editorial Themis, 2013. pp. 5-7.

⁶⁰ *Ídem*.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 11-13.

⁶² *Ídem*.

formalidades procesales, así siguiendo las ideas de Max Kaser, citado por el Doctor Rolando Tamayo y Salmarán, “derecho y administración de justicia son nociones sinónimas.”⁶³

Contrario a la postura dominante en el derecho, pero que hoy en día toma menos fuerza, es decir, el modelo dogmático en virtud del cual la tarea interpretativa del juez consiste en una función cognoscitiva, declarando el sentido otorgado por el legislador a la ley, quien además se preocupa por ser fiel al texto normativo y de no invadir esferas competenciales, por un modelo en el cual los operadores jurídicos tienen una labor en la construcción del derecho, y más concretamente el juzgador, es por ello que Rodolfo L. Vigo sostiene que:

“Se reivindica para el jurista una manera de razonar o de saber que se vinculaba, por distintas vías, con la vieja razón práctica de la que habló Aristóteles, y que implicaba rechazar la visión reductiva de la razón que apoya el positivismo jurídico. La tónica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman o la dialéctica de Villey, se inscriben claramente en esa corriente que, en el campo de los saberes sobre la praxis humana, se dio en llamar la rehabilitación de la filosofía práctica.”⁶⁴

Indudablemente, después del fracaso europeo de la Segunda Guerra Mundial, se dio la reivindicación de la filosofía práctica, funcionamiento del orden jurídico que de igual forma ya era efectuado por los juristas romanos influenciados por la ideología helenística y los bizantinos (como demostraré en los párrafos siguientes), solamente que se interrumpió esta filosofía por el oscurantismo europeo, en un primer plano, y posteriormente, por la filosofía denominada de “la modernidad” producto de un eurocentrismo el cual estableció al derecho como un sistema, que trajo aparejada como idea principal que el derecho contenía una respuesta correcta para todos los casos que se presentaran, ello en virtud de que

⁶³ *Ídem.*

⁶⁴ Vigo. L. Rodolfo, *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal- culzoni editores, 1999, p.27.

se pensó en un sistema racional cerrado que excluye, tanto las lagunas normativas como las necesidades de una actuación valorativa de los operadores, y más concretamente del juez.

Ahora bien para entender lo descrito en el párrafo que antecede y arribar a los órdenes jurídicos contemporáneos conviene hacer un análisis sucinto del derecho romano, empezando con el arcaico, integrado por “la *interpretatio prudentium*, del digesto 1, 2,6, de donde se desprende que el conocimiento del derecho y de la ciencia de su interpretación, estuvieron por más de cien años en manos de los pontífices, a través de la *interpretatio* los pontífices proporcionaron el significado de las XII tablas.”⁶⁵

Ciertamente, la interpretación de las XII tablas fue un oficio monopolizado por el colegio de pontífices, cuyo saber fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno de transmisión de generación en generación, los métodos de aplicación del derecho que habían desarrollado; sin embargo, la segunda fase de la jurisprudencia romana es una fase de secularización en el cual el conocimiento del derecho se difunde notablemente, por lo cual surgen iurisprudentes laicos.

Varias fueron las causas que produjeron una jurisprudencia secular. “Una de las más importantes, *inter alia*, fue la publicación, alrededor de 304 a.C., de una compilación contenida las *legisactiones* hechas por Appius Claudius Caecus, cónsul en 307 y 296 a.C, robada y publicada por Cneoflavius.”⁶⁶

En virtud de ello y de diversos acontecimientos en Roma, en un periodo prolongado de tiempo, el conocimiento del derecho lentamente dejó de ser monopolio pontificio; empero, la jurisprudencia desde su infancia fue un oficio prestigioso, sus operarios estaban bien entrenados y practicaban su oficio

⁶⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica...*, op. cit. p. 97.

⁶⁶ *Ibidem*, p.98.

manteniendo los cánones de la profesión, sin que en ese momento se le considerara como ciencia.

Ello ocurrió hasta el término de la segunda guerra púnica, en donde entró en el llamado periodo helenístico, en el cual la república romana tuvo la mayor influencia griega, concretamente de la ciencia, razón por la cual no resulta sorprendente que basándose en los escritos de Aristóteles, los jurisconsultos romanos aprendieran sus métodos.

En efecto, tal y como lo narra Peter Stein, citado por el profesor emérito de la UNAM, “los juristas romanos, al igual que cualquier hombre de ciencia, al confrontar un mundo formado solo de entidades singulares y separadas, se vieron en el problemas en el paso clave de la transición de la experiencia a la determinación del elemento común que unifica los casos individuales, este paso de los particulares a los universales es el método mediante el cual se alcanzan los primeros principios, tanto en la ciencia como en la jurisprudencia.”⁶⁷ Este método, aunque es propio de las ciencias naturales, Aristóteles lo consideró aplicable a otras ciencias, en todo caso lo importante en la presente investigación es que los juristas romanos lo usaron para la construcción de la ciencia jurídica.

Consiguientemente, para entender el razonamiento y la argumentación jurídica, y en virtud de la fuerte penetración de la cultura helénica, e incluso me atrevería a decir, de la cultura sumeria y egipcia, los juristas romanos se vieron forzados a entender y aplicar los métodos helenísticos que dieron paso a la formación del paradigma de la racionalidad en Grecia, y ello se desarrolla por tres diversos acontecimientos:⁶⁸ el primero de ellos fue la irrupción de Thales de Mileto, cuando afirmó que cuando dos líneas rectas se intersectan, los ángulos opuestos son iguales, con este enunciado exhibe una manifiesta ausencia de invocación. Asimismo, el enunciado no está inseparablemente vinculado a su emisor. No es el

⁶⁷ *Ibidem*, p.105.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 21-89. Sigo las ideas vertidas en los tres primeros capítulos, en virtud de los cuales el Doctor Rolando Tamayo y Salmorán, fundamenta y explica el nacimiento de la ciencia jurídica.

director quien le da ese peso semántico. En otras palabras, es un enunciado declarativo susceptible de ser verificable o falsiable, independientemente de quien lo diga, es decir, de su emisor. Así, la ciencia fue acompañada de un claro deslinde entre el mundo de la razón; la irrupción de los enunciados descritos por el citado personaje trajeron como consecuencia una nueva concepción del mundo inteligible.

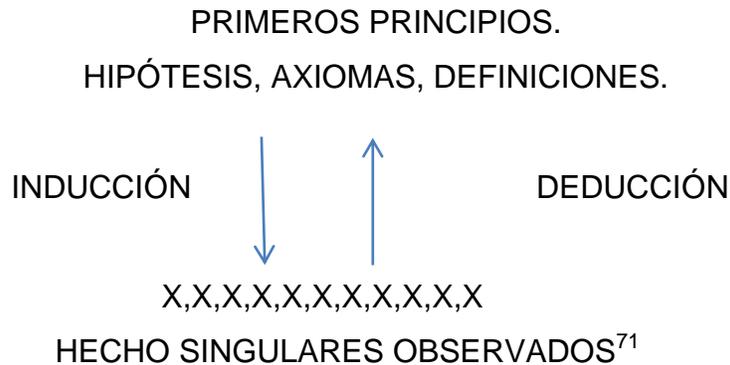
Como paréntesis de lo descrito en el párrafo que antecede, sin detenernos en esa discusión, al leer en términos generales la biografía de Thales de Mileto,⁶⁹ quien es considerado como el pensador primero, fue un filósofo y matemático griego, que en su juventud viajó a Egipto donde aprendió geometría de los sacerdotes de Menfis y astronomía, para posteriormente enseñar a destacados personajes como Pitágoras y Anaxímenes, por lo cual es difícil pensar que en Grecia se construyó por primera vez la racionalidad del mundo entero.

El segundo acontecimiento importante fue cuando los pensamientos de autores como Protágoras y el movimiento sofístico en general, logró que la racionalidad fuera prácticamente irreversible, afirmando que la razón y voluntades humanas eran formuladas en plena conciencia, “de todas las cosas el hombre es la medida” homo-mensura, de las que son, por lo que son; y de las que no son, por lo que no son. El mundo es inteligible gracias a la razón y es la razón la que crea y modifica las instituciones sociales.”⁷⁰

El último factor relevante es el impacto de los segundos analíticos de Aristóteles, en donde describe qué cosa es y cómo se hace el conocimiento. Son el plan arquitectónico de la racionalidad, con esta obra se materializa, adquiere forma, simplemente se estructura. De esta forma Aristóteles describió lo que hacen otros individuos, geómetras matemáticos, astrónomos, (hombres de ciencia como podría ser el mismo Thales), y lo estructuró de la siguiente forma:

⁶⁹ Vid. “Thales of Miletus” en Encyclopedia Britanica CD. 2000.

⁷⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica...*, op. cit. p. 97.



De esta forma los juristas romanos, siguiendo la estrategias en los segundos analíticos, resuelven el paso aparentemente problemático de cómo puede la jurisprudencia describir la experiencia jurídica compuesta únicamente de entidades singulares y separadas, mediante conceptos generales. Aplicando los razonamientos de la ciencia griega, los juristas romanos conciben su tarea como conocimiento (científico racional) de lo que realmente ocurría en la experiencia jurídica.

Ahora bien, todo lo antes narrado sería suficiente para adentrarnos en la parte principal del presente capítulo, es decir, la interpretación y aplicación del derecho, empero, surge una nueva problemática para entender el derecho en la actualidad, toda vez que el derecho romano que nos fue heredado, invita a pensar en la Roma de los pontífices, de los cónsules, de los césares. Sin embargo lo que conocemos como “derecho romano se generó muy lejos de Italia, en los límites orientales de Europa, no antes del siglo VI de nuestra era, después de que la Roma del Tíber, había sido saqueada una y otra vez por los invasores barbaros.”⁷²

Por lo tanto, la expresión de derecho romano debe ser relacionada con otra atmosfera, una sociedad multirracial que habitaba a la ribera del Bósforo,

⁷¹ *Ibidem*, p.88.

⁷² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los Publicistas Medievales y la Formación de la Tradición Política de Occidente*, Primera edición, México, UNAM, 2005, pp. 86-87.

“especialmente con una ciudad donde ya no se habla latín y es fundamentalmente cristiana: Constantinopla. En donde el gobernante que nos legó el derecho romano es Justiniano y no es llamado *princeps* ni *cesar*, sino Emperador y cabeza de la Iglesia.”⁷³

Lo que hoy conocemos como derecho romano es una creación Bizantina hecha por un Emperador cristiano, por lo cual la ideología que subyace al derecho romano nada tiene que ver con la cultura ni con la idiosincrasia de la Roma de Cicerón. Así este derecho, tal y como lo formulan los juristas bizantinos, regulaba los asuntos públicos de forma muy distinta a como eran administrados en la Roma de los césares. “Los juristas bizantinos no rescatan el derecho romano, lo abrevian y no pocas veces lo alteran para responder a las necesidades del Estado bizantino contemporáneo.”⁷⁴

La compilación Justiniano debía compatibilizar con los dogmas cristianos y con las costumbres del Oriente helénico. Detrás de esta compilación se encuentra una tesis fundamental: defender el credo ortodoxo, proscribiendo todas las demás religiones. Todo lo antes mencionado nos lleva a una primera reflexión, con el corpus Justiniano, los juristas bizantinos regulaban todos los asuntos públicos así como los particulares, por lo cual no era una repetición mecánica y fiel del viejo derecho romano, por el contrario los juristas bizantinos lo habían abreviado y no pocas veces alterado para conciliar esta ideología subyacente con los mandamientos cristianos y costumbres helénicas.

Sin olvidar que “el credo cristiano se encontraba escrito en griego y se difundía en griego; en oriente, Pablo escribe en griego a los romanos; los líderes espirituales de Roma se expresan en griego. Los textos latinos no se generan en Italia sino en las provincias africanas del Imperio. Durante los tres primeros siglos

⁷³ *Ídem.*

⁷⁴ *Ídem.*

la lengua de la Iglesia de Roma fue el griego de forma que los gentiles podían perfectamente ser sirios, griegos o romanos.”⁷⁵

“Con ello, la idea de omnicomprensivo del dogma cristiano, diseminado por la vulgata, explica la textura abierta así denominada por Hart”,⁷⁶ en otras palabras para acomodar la gran cantidad de los diversos ordenes sociales, el derecho tenía que ser altamente flexible, para absorber elementos ajenos, particularmente para asimilar usos y costumbres no cristianos, “el derecho creado por la Biblia con ayuda de la jurisprudencia romana, era un derecho ajustable”.⁷⁷ Así, la instrumentación de estos principios bíblicos y máximas jurídicas sufrieron ajustes y acomodaciones, según las exigencias de la vida social contemporánea.

En otras palabras, el derecho se construía de acuerdo a las necesidades Bizantinas contemporáneas e ideología predominantes, por lo cual debemos resaltar la relatividad sociológica, histórica y cultural del derecho. De esta forma el corpus justiniano fue el punto de partida para cualquier trabajo futuro en ese campo, y “no fue hasta el siglo XI que el así llamado derecho romano volvería a occidente, y el cual moldearía las instituciones de la renaciente Europa.”⁷⁸

En efecto la ciencia de la jurisprudencia no tomaría paso firme sino hasta el advenimiento de la escuela de Bolonia a finales del siglo XI por la obra de Irnerio,⁷⁹ quien con una triple intuición desarrollo:

- 1) Un carácter autónomo del derecho que la enciclopedia del saber no le reconocía;

⁷⁵ *Ibidem*, p.93.

⁷⁶ *Ídem*.

⁷⁷ *Ídem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p.93.

⁷⁹ *Ibidem*, p.138.

- 2) El estudio del derecho Justiniano en los textos genuinos, haciendo a un lado extractos y epitomes; y
- 3) El significado correcto de la compilación justiniana y construye un ordenado y completo *corpus iuris*.

La consecuencia de esta triple acción constituyó el objetivo principal de la escuela boloñesa de los glosadores, de esta forma la lectura de los textos era seguida por glosa del profesor. “Las *glossae* eran copiadas por los estudiantes entre la línea del texto y por razones de extensión, al margen. Poco a poco en esas *glossae* se fue acumulando la doctrina. Las *glossae* habrían de alcanzar tanta autoridad como el texto mismo, algunas veces superarían al texto.”⁸⁰

2. Inferencias del derecho.

Lo descrito en los párrafos que anteceden nos sirve para destacar tres aspectos importantes para el desarrollo de las inferencias en el derecho:

- A) El orden jurídico tiene una textura abierta, toda vez que en una sociedad existen una gran cantidad de ordenes sociales distintos, de los cuales el derecho tenía que ser altamente flexible, para absorber elementos ajenos, particularmente para asimilar usos y costumbres que dicho sea de paso no son estáticos, ya que se modifican por las exigencias de la vida social contemporánea;
- B) El propio orden jurídico determina las reglas y meta-reglas para resolver cualquier caso omiso; y
- C) Del propio derecho se extraen sus principios generales, que son comunes a las instituciones positivas, sin embargo si esto no es suficiente, el juez

⁸⁰ *Ibidem*, p.142.

buscará el derecho aplicable mediante argumentos por analogía o, bien, creará la norma “ad hoc” en virtud de la discrecionalidad judicial.

En virtud de lo descrito en los incisos que anteceden, es oportuno para entender la inferencias en el derecho y formación de los principios, citar el digesto 50, 17, 1, que a la letra dice:

“*Regula* [principio] es la descripción sucinta de lo que una cosa es [quoe rem quoeest] No es por la *regula* que el derecho se crea, es el derecho positivo de donde la *regula* es obtenida. La *regula* realiza la descripción resumida de las cosas y, como sostenía Sabinus, esa es su razón de ser, tanto que si en algo está viciada pierde su función [no vale].”⁸¹

En otras palabras, para argumentar en derecho debemos usar el aparato conceptual y hermenéutico de la jurisprudencia, de tal forma que en la praxis jurídica la teoría del legislador racional resulta insuficiente sobre todo en los casos singulares para la creación normativa, es decir, si sostenemos la tesis señalada en la introducción del presente trabajo, por virtud de la cual afirmamos que las normas no son textos ni el conjunto de ellos, sino el sentido construido a partir de la interpretación sistemática de textos normativos. Entonces cobra más fuerza la afirmación de que las disposiciones constituyen el objeto de la interpretación, y las normas, su resultado.

Dado que no existe correspondencia entre norma y disposición, en el sentido de que siempre que haya una disposición habrá una norma, o siempre que haya una norma deberá haber una disposición que le sirva de soporte, ya que el orden jurídico tiene la peculiaridad de incluir normas que disponen qué sujetos, en qué circunstancias, con qué procedimientos, crear nuevas normas, por lo cual resulta inconcuso que el intérprete para arribar a sus conclusiones se apoya en:

⁸¹ *Ibidem*, p.147.

- a) Enunciados normativos;
- b) Precedentes del propio poder judicial;
- c) Propositiones normativas, hechas en la teoría y meta teoría del derecho; y
- d) Valoración de los hechos.

Y concluye con la construcción de los principios y/o las reglas, que derivan de todo lo anterior, con el objeto de producir la norma particular, concreta y singular. De esta forma, deberíamos llamar al papel de los operadores jurídicos que participan en el sistema, *reintérpretes*, dado que son parte de los juegos del lenguaje, pero parten de enunciados normativos o voluntades del legislador, que convierten al orden jurídico en esencia como *ars iudicanti*.⁸²

3. Interpretación y Aplicación.

3.1. La Interpretación.

El profesor Eduardo García Máynez, en su libro *Lógica del Raciocinio Jurídico*, desarrolla el tema de los “problemas relacionados con la aplicación de normas genéricas a casos concretos de la experiencia jurídica.”⁸³ En donde sostiene que a la aplicación sólo se puede llegar por el camino de *la interpretación* de las expresiones de que han hecho los órganos creadores del derecho.

En efecto, sostiene el autor en comentario que para lograr una idea rigurosa de lo que el verbo interpretar significa, el mejor método consiste en descubrir los elementos integrantes de cualquier expresión.

⁸² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación jurídica...*, op. cit., p. 159.

⁸³ García Máynez, Eduardo, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, Primera edición en Fontamara, México, 1994. p 7.

Así el filósofo del derecho en comento, retomando las ideas de Edmund Husserl,⁸⁴ afirma lo siguiente:

“Si aplicamos lo dicho al caso de las leyes, encontraremos que el texto legal aparece ante nosotros como una forma de expresión que en su aspecto externo está constituido por el conjunto de signos impresos sobre el papel.

Pero las expresiones, en el campo jurídico, pueden también consistir en palabras no escritas e incluso, en signos no verbales, como flechas indicadoras, señales luminosas, etc. Esto revela que debe hablarse de actividad interpretativa siempre que se trate de desentrañar el significado de formas de expresión de normas de derecho o, en otras palabras, de preceptos que regulen de manera bilateral, externa y coercible, el comportamiento humano. Por eso no sólo cabe interpretar los textos de la ley, sino las cláusulas de un convenio, los puntos resolutive de una sentencia, las luces de un semáforo, las señales del agente de tránsito, o en general, cualquier expresión de índole normativa.

(...)

Como los objetos lógico-jurídicos se dividen en conceptos, juicios y raciocinios, las formas de expresión en que el jurista ejerce su actividad hermenéutica solo pueden ser:

- a) De normas de derecho
- b) Conexión entre ellas (raciocinios jurídicos)
- c) De significación de tipo conceptual.”⁸⁵

Concluye en el apartado de hermenéutica aduciendo que:

“Se debe hablar de creación normativa en los dos niveles, el abstracto del fundamento y el concreto de aplicación. Pero este término adquirirá entonces un sentido nuevo, porque estaría referido no a la de un precepto preexistente que el juez tendría que descubrir, sino a la de una norma creada, en ocasiones o so pretexto de la supuesta faena hermenéutica, por el órgano jurisdiccional, para hacer de ella fundamento de su resolución. Hablar de proceso

⁸⁴ Cfr., García Máynez, Eduardo..., *op. cit.*, p. 20.

Véase: Edmund Husserl, *Investigaciones Lógicas*, 1ª investigación, tomo II de la traducción castellana de Manuel García Morente y José Gaos, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1929.

⁸⁵ García Máynez, Eduardo..., *op. cit.* p. 21.

aplicador, en el sentido tradicional del vocablo, resultaría así una ficción, y los verdaderos únicos creadores del derecho serían los tribunales.”⁸⁶

De lo anteriormente citado podemos advertir que, Eduardo García Máynez sostiene como objetos lógico-jurídicos en los que el jurista ejerce su actividad hermenéutica únicamente a las normas de derecho, la conexión entre ellas (raciocinios jurídicos); y su significación de tipo conceptual.

Sin embargo, el problema central que advierto en el autor en comento deriva de su idea de que dicha actividad interpretativa, siempre trata de desentrañar el significado de formas de expresión de normas de derecho o, en otras palabras, de preceptos que regulen de manera bilateral, externa y coercible, el comportamiento humano. Es decir, aduce que con el pretexto de la hermenéutica, el órgano jurisdiccional, para hacer de ella fundamento de su resolución, se puede llegar hablar de un proceso aplicador, en el sentido tradicional del vocablo, resultaría así una ficción y los verdaderos únicos creadores del derecho serían los tribunales.

Así la labor interpretativa resulta *de* desentrañar las formas de expresión jurídica, que pueden ser respecto de las normas de derecho, la conexión entre ellas (raciocinios jurídicos); y su significación de tipo conceptual.

Así, en la jurisprudencia mexicana tenemos varios ejemplos, con relación al significado muy similar que asigna Eduardo García Máynez a la palabra interpretación, sin embargo por razón de tiempo y espacio sólo se citan dos.

Jurisprudencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Abril de 2005, Tesis: 1a./J. 34/2005, bajo el rubro y texto siguiente:

⁸⁶ *Ibidem*, p. 33.

“REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL" COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de definir lo que se entiende por interpretación directa de un precepto constitucional, emitió la tesis de jurisprudencia P./J. 46/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, noviembre de 1991, página 39, de rubro: "REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA, EXISTE CUANDO A TRAVÉS DE ELLA SE DETERMINAN EL SENTIDO Y EL ALCANCE JURÍDICOS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA BASE DE UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO O SISTEMÁTICO." Ahora bien, si se toma en cuenta que "interpretar", en términos generales, significa explicar, esclarecer y, por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa, y que "interpretar una ley" es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien al sentido lógico objetivo de la ley como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, que se obtiene de las conexiones sistemáticas que existan entre el sentido de un texto y otros que pertenezcan al ordenamiento jurídico de que se trata u otros diversos, se concluye que en la interpretación de las normas constitucionales, además de concurrir las reglas generales destacadas, y dadas las especiales características derivadas de su materia y carácter supremo del órgano que las crea y modifica, entre otros, existen aspectos peculiares en la interpretación de tales normas que también pueden tomarse en cuenta, como los factores políticos, históricos, sociales y económicos para entender su significado.”

La tesis aislada dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, en el mes Abril del año 2009, bajo el rubro y texto siguiente:

”ANTINOMIA. NO SE SURTE RESPECTO DEL ARTÍCULO 482 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO, EN RELACIÓN CON LOS DIVERSOS NUMERALES 520 Y 521 DE LA PROPIA LEGISLACIÓN, TODA VEZ QUE LA SUPRESIÓN DE REQUERIMIENTO PREVIO AL CONDENADO PARA EL EMBARGO DE BIENES, CONTENIDO EN EL PRIMERO

DE LOS NUMERALES APUNTADOS, ATAÑE AL CASO DE SENTENCIA CONDENATORIA POR CANTIDAD LÍQUIDA; MOTIVO POR EL CUAL, SE TRATA DE UNA NORMA ESPECIAL, DIVERSA A LA ESTABLECIDA PARA LOS EMBARGOS EN GENERAL, CONTENIDA EN LOS DISPOSITIVOS LEGALES ENUNCIADOS EN SEGUNDO TÉRMINO. El artículo 482 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco establece que tratándose de sentencia que condena al pago de cantidad líquida, se procederá siempre y sin necesidad de previo requerimiento personal, al embargo de bienes, en términos de lo prevenido para los secuestros, atendiendo a lo dispuesto en el diverso artículo 220 bis del citado ordenamiento legal por cuanto establece que, la ejecución deberá despacharse por cantidad líquida. Pues bien, la supresión de requerimiento personal para proceder al secuestro de bienes contenida en el citado numeral 482, es en relación a un supuesto especial, diverso al que se establece para los embargos en general, previstos en los diversos numerales 520 y 521 de la ley procesal en comento, pues se refiere concretamente a cuando la sentencia condena al pago de una cantidad líquida. Por tanto, aun cuando expresamente se contemple el requerimiento como condición previa para la procedencia del embargo, no existe pugna entre los artículos precitados, pues el requerimiento es dable únicamente en relación a los embargos en general y no cuando el secuestro deba realizarse merced a la ejecución de una sentencia que condenó al pago de una cantidad líquida. Así, tomando en cuenta la ubicación y el entorno de los mencionados ordinales dentro de la legislación adjetiva civil de Jalisco, esto es, el artículo 482 previsto en el capítulo I, denominado: "De la ejecución de las sentencias" y los numerales 520 y 521 en el diverso capítulo III, enunciado como "De los embargos", ambos del título octavo de la legislación procesal en cita, una recta interpretación de su contexto literal hecha para desentrañar en debida forma su sentido, armonizada con todos aquellos que se refieren a la misma institución procesal de que se trata, para que estén en consonancia con su contenido lleva a concluir que, el artículo 482 aludido, conlleva el surgimiento de un supuesto especial que no pugna necesariamente con lo previsto por los numerales 520 y 521, sino que por el contrario, los numerales apuntados se complementan entre sí, toda vez que la remisión que se hace en cuanto al señalamiento de que se procederá al embargo de bienes "en los términos prevenidos para los secuestros", no es para realizar una nueva intimación de pago al condenado, ni para confundir la naturaleza del embargo, sino que conlleva a definir la manera como se ha de practicar ese acto procesal que tomará bienes o cosas para aplicarlos a un fin preciso y determinado, como es la ejecución de la sentencia y la sujeción a un orden determinado, como se estatuye en el artículo 521 de la ley adjetiva civil de Jalisco; motivo por el cual, no se actualiza antinomia alguna entre los dispositivos legales

aludidos.”

De la jurisprudencia dictada por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para la relevancia del presente ensayo, se observa lo siguiente:

- A) El análisis de la norma Constitucional es sobre una base gramatical, histórico, lógico y sistemático, tal y como lo describe Savigny⁸⁷;
- B) Interpretar en términos generales, significa explicar, esclarecer y, por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa; y
- C) Por lo tanto, interpretar una ley es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien al sentido lógico objetivo de la ley como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores.

Por otra parte, de la tesis aislada dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, para la relevancia del presente ensayo, se observa lo siguiente:

A) Que la interpretación del contexto literal hecha para desentrañar en debida forma su sentido y armonizado con todos aquellos que se refieren a la misma institución procesal de que se trata, se debe hacer una interpretación sistemática para concluir que se trata de un mismo acto procesal, y por lo tanto no existen antinomias.

⁸⁷ Cfr., García Máynez, Eduardo..., *op. cit.*, p. 26.
Véase: Savigny, *Los fundamentos de la ciencia jurídica...*, *op. cit.*

Así, de ambos criterios jurídicos dictados en el desempeño de la función jurisdiccional, tal y como lo adelantaba en páginas precedentes, se advierte como denominador en común que va en consonancia con lo expuesto por Eduardo García Máynez, relativo a que interpretar, en términos generales, significa explicar, esclarecer y por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa.

En efecto, bajo esta premisa, interpretar una ley es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien, al sentido lógico objetivo de la ley como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores.

Sin embargo, ahí deviene el error principal tanto del Poder Judicial Federal como del filósofo del derecho mexicano en comento, toda vez que la palabra interpretar proviene del latín “interpretatio, a su vez del verbo interpretor que significa: servir de intermediario o venir en ayuda de. El verbo interpretor deriva de interpretes, que significa agentes intermediarios. Así, por ejemplo, el comerciante es un intermediario, un negociador que se encuentra interpret, negociando, aclarando o explicando el pretitum (precio).”⁸⁸El intérprete comunica a los demás, generalmente en lenguaje común, el significado que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos.

No obstante que en la antigua roma “los brujos, augures o sacerdotes no hacían sino dotar de significado ciertos hechos, formulas o signos misteriosos que, en razón de su posición o poder, sólo ellos manejaban y entendían (o hacían creer que entendían).”⁸⁹

⁸⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica...*, op. cit., p.134.

⁸⁹ *Ibídem*, p. 135.

Debemos afirmar que, Interpretar consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, formulas o acontecimientos (objeto de significado), es decir, “un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos, formulas o palabras”.⁹⁰ “Este actos de significación es siempre expresado en lenguaje.”⁹¹

Efectivamente interpretar no es la sorprendente aptitud o poder de encontrar o desentrañar el significado inmanente de las cosas, “como si las cosas tuvieran un significado, en sí, previo al establecimiento significativo;” cuya raíz irracional de dicho pensamiento, tal y como se indicó en los párrafos precedentes, proviene precisamente de la herencia mística de que los magos, oráculos o sacerdotes quienes tenían la sorprendente capacidad de desentrañar el significado de las cosas, en virtud de que el resto de la población desconocía sus métodos o procedimientos de interpretación.

Como se podrá advertir, contrario a la postura de Eduardo García Máynez relativo a que interpretar en términos generales, significa explicar, esclarecer y por ende desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa y particularmente en el sentido lógico-jurídico de desentrañar el significado de formas de expresión de normas de derecho.

Siguiendo las ideas de del Doctor Rolando Tamayo, y las del Italiano Guastini,⁹² debo concluir afirmando que, la interpretación se refiere, por una lado, a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos; y por otra parte, al resultado o producto de esa actividad (interpretación-producto). “Determinación del significado de expresiones lingüísticas.”⁹³

⁹⁰ *Ibidem*, p. 136.

⁹¹ *Ibidem*, p. 137.

⁹² Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Meta teoría del Derecho*, Traducción de Jordi Ferrer, 1º edición, Barcelona, GEDISA, 1999, p.100.

⁹³ Guastini Ricardo..., *op. cit.*, p. 100.

Lógicamente el problema de la interpretación cobra mayor relevancia cuando se da la textura abierta así denominada por Hart, es decir, cuando el derecho tiene que decirse “Dictum”; sobre casos particulares nunca pensados por un legislador, o inclusive por la vaguedad o indeterminación de los textos normativos, que más de las veces son formulados en lenguaje natural por medio de términos clasificatorios generales.

A mayor abundamiento, sin profundizar demasiado en el tema, sería importante rescatar lo sostenido por Nicanor Ursúa y Luis Garagalza, respecto a la interpretación como asignación de significado universal a la existencia humana, cuando sostienen que:

“El hombre es un animal hermenéutico simbólico, lingüístico y no exclusivamente racional que, en vez de estar adaptado a un entorno fijo y determinado, vive podríamos decir, con la biología más reciente, que es apartado, no meramente adaptado en un mundo que es gran parte resultado o producto de su propia interpretación (tanto teórica, lingüística-simbólica, como práctica, mediante el trabajo.)

Sería, pues, la propia existencia humana la que tendría un carácter hermenéutico. Y como esa existencia es finita, la interpretación resulta ser una tarea infinita, circular, pero impansivo-expansiva, en el interior de la cual no se da observador neutral alguno, ni por tanto, objetividad pura, sino que ello implique, empero, una recaída en el subjetivismo: ahora observador y observado pertenecen a un tercer horizonte que los engloba y la interpretación se ofrece como una fusión de horizontes que acontece en el seno del lenguaje. El lenguaje se presenta así como el proceso mismo en el interior del cual alguien puede ponerse como alguien al tematizar algo como algo, y así ambos darse como tales.”⁹⁴

⁹⁴ Narváez, José R, y Espinoza de los Monteros, Javier (Coordinadores) *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*, México, UNAM, 2011, pp.71 y 72.

3.2. Aplicación del derecho.

Ahora bien, resulta oportuno destacar que si bien es cierto que todos los estudiosos y operadores jurídicos, a decir, jueces, funcionarios públicos, académicos, investigadores puedan interpretar el derecho, no quiere decir que todos tengan la facultad de aplicarlo.

Si entendemos el concepto de facultad (tal y como sostuve en el capítulo que precede) como la posesión de una capacidad jurídica para modificar válidamente la situación jurídica existente, está indica que alguien está investido jurídicamente por una norma de derecho para realizar un actos jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos, (tal vez en un contrato, testamento, revocar un poder, sentencia, ley etc.,) en otras palabras, presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica para modificar válidamente la situación jurídica existente.

Entonces la interpretación que supone la aplicación en el derecho es parte del fenómeno jurídico, los materiales jurídicos que han de aplicarse reciben de parte del órgano aplicador una cierta interpretación que decide su significación, pero al decidir el significado del lenguaje jurídico legislado, decide también el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho.

Para decirlo brevemente, todas las disposiciones normativas al tener que ser aplicadas requieren de una interpretación, por la simple razón de que estas nacen precisamente de la interpretación y se presentan en un proceso interpretativo ya concluido.

Luego al distinguir entre interpretación y aplicación del derecho, de igual forma resulta conveniente diferenciar entre enunciados normativos y proposiciones

normativas que juegan papeles diferentes en la praxis y teoría del derecho respectivamente.

Efectivamente, la distinción entre normas y proposiciones normativas resulta vital para entender completamente lo hasta aquí expuesto, es por ello que autores como Eugenio Bulygin aducen lo siguiente:

“La distinción entre normas y proposiciones normativas no es nueva. No pocos juristas y filósofos del derecho la han reconocido y formulado en términos más o menos imprecisos. Cabe mencionar que a Jeremy Bentham, Ingemar Hedenius, hablaban de enunciados normativos genuinos y espurios, y a Hans Kelsen, con su distinción entre *Rechtsnorm* (norma jurídica) y, *Rechtssatz* (proposición jurídica). La idea central parece ser clara: las normas son usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una determinada conducta (en ciertas circunstancias) y como tales carecen de valores de verdad: no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son afirmaciones acerca de la existencia de las normas: son descriptivas y, por ende, verdaderas o falsas.”⁹⁵

Efectivamente, debemos distinguir entre la ciencia del derecho, y su objeto de estudio, e incluso aún más, en segundo nivel de estudio que sería la filosofía del derecho, es decir, debemos distinguir entre la praxis jurídica, la teoría y meta teoría del derecho para diferenciar los tres niveles del lenguaje jurídico.

Así, por ejemplo, al distinguir entre ciencia jurídica y derecho, podemos advertir fácilmente el carácter dogmático de la jurisprudencia en dos momentos:

- a) “Cuando los juristas se adhieren a los cánones, tradiciones, convenciones de la jurisprudencia adquiridos durante su formación profesional; y
- b) En la identificación de la base fáctica del sistema.”⁹⁶

⁹⁵ Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (Coordinadores) *Ciencia jurídica y constitución*, México, Facultad de Derecho de la UNAM y Editorial Porrúa, 2008, p.3.

⁹⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho...*, op, cit., p. 307.

Es por ello que ya en la praxis jurídica los juristas pueden usar conceptos como los de vigencia, promulgación, eficacia, fuente, etc.; pero sin poder explicarlos satisfactoriamente, e incluso los mismos dependerán en gran medida de la formación jurídica de cada individuo.

Asimismo, como ya lo anunciaba Eugenio Bulygin, Kelsen también consideraba importante la distinción entre los dos niveles del lenguaje para evitar grandes confusiones y paradojas. En particular debe diferenciarse perfectamente cuando se trata de una interpretación orgánica (la cual forma parte de la lengua prescriptiva) puesto que los actos jurídicos que se formulan en palabras o por escrito contienen ellos mismos alguna indicación sobre su significación. Esto, dice Kelsen, “es una particularidad de los materiales jurídicos, ya que se auto interpretan, sin embargo, no deja de ser parte del lenguaje prescriptivo, objeto de la ciencia jurídica.”⁹⁷

Justamente esta es una de las particularidades de los hechos estudiados por la ciencia del derecho. “Una planta nada puede transmitir sobre sí misma al investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma desde un punto de vista científico natural.”⁹⁸ Sin embargo, la ciencia del derecho se encuentra así, muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico, por lo cual añade:

“Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento; dos personas pueden declarar que indican un negocio jurídico. El conocimiento conceptual del derecho se encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico.”⁹⁹

⁹⁷ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, Décima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p.17

⁹⁸ *Ídem.*

⁹⁹ *Ídem.*

Con respecto a esta problemática en el derecho, incluso autores como Riccardo Guastini, siguiendo las ideas de Tarrelo, se han ido más lejos y han considerado que:

“La ciencia jurídica no puede ser practicada por los juristas: salvo que, por decirlo así, traicionen su habitual trabajo dogmático y tomen la actitud de los filósofos o sociólogos del derecho (al menos de un tipo particular de los mismos.) La doctrina de los juristas lejos de ser trabajos científicos, son más bien trabajos de política jurídica específicamente de política de *sententia ferenda*.”¹⁰⁰

En otras palabras, estos autores Italianos sostienen que la dogmática jurídica como conocimiento de entidades normativas pre constituidas no es una ciencia en sentido pleno; en virtud de que contrario a la noble creencia que los jueces no crean nuevo derecho para resolver las controversias planteadas, sino que les aplican el derecho ya existente. Sin embargo, lo que pasa realmente es que el significado no es algo pre constituido respecto a la actividad interpretativa, ya que es una variable de las valoraciones y decisiones del intérprete, es por ello que la dogmática jurídica no tiene las características de científicidad, sino de política del derecho o *sentetia ferenda*.

4. Prácticas interpretativas.

En la praxis jurídica, tanto en México como en otros países, particularmente Argentina, siguiendo las ideas de Roberto Gargarella,¹⁰¹ los operadores jurídicos en general y particularmente los juzgadores aducen al momento de interpretar las disposiciones normativas las siguientes prácticas interpretativas:

¹⁰⁰ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Meta teoría del Derecho...*, op. cit., p. 53.

¹⁰¹ Narváez, José R, y Espinoza de los Monteros, Javier (Coordinadores)...op. cit., p. 54-57.

a) *Interpretación literal*. Por virtud de la cual el intérprete sigue la letra de la ley.

b) *Interpretación especializada*. Derivado de la alta especialización de algunas materias en el derecho, algunas veces los juzgadores apelan a la técnica jurídica especializada únicamente en la materia de que se trate.

c) *Interpretación intencional*. Por virtud de la cual el intérprete trata de advertir cuales fueron las intenciones de la disposición normativa al momento de redactarse.

d) *Interpretación justa*. En una forma más radical se alude a principios de justicia, justificando la misma con la recta razón de la constitución.

e) *Interpretación orgánica-sistemática*. Interpretar las disposiciones normativas de una forma armónica de los distintos artículos que componen la constitución.

f) *Interpretación realista*. Por la cual el juzgador se acerca a la letra de la disposición normativa haciendo prevalecer la verdadera esencia jurídica y económica.

g) *Interpretación que asume la existencia de un legislador perfecto*. Los juzgadores asumen la existencia de un legislador perfecto, lo que implica presumir que el derecho es claro, preciso, coherente, sin lagunas.

h) *Interpretación dinámica*. Por virtud de la cual los juzgadores con una facultad jerárquica superior, pero sobre todo las Cortes Supremas buscan ir mas allá de los criterios adoptados con anterioridad, para proponer una interpretación dinámica que actualice el sentido sociológico y cultural contemporáneo.

i) *Interpretación teleológica*. El intérprete aduce en su fallo los fines perseguidos por el ordenamiento constitucional.

j) *Interpretación conforme a la autoridad externa*. Derivado de cuestiones en nuestro país como el control de la convencionalidad, los jueces y concretamente la Corte asume y hacen propias decisiones de comisiones y cortes internacionales.

k) *Interpretación objetiva*. Por virtud de la cual la disposición normativa debe ser interpretada, ante todo, teniendo en cuenta el sentido objetivo de la misma, rechazando por lo tanto la posibilidad de interpretar la misma conforme a criterios subjetivos.

Con el amplio arsenal de prácticas interpretativas sostiene Roberto Gargarella que:

“La Corte Argentina puede hacer casi lo que quiera con el caso que tiene frente a sí, gracias a la enorme variedad de parámetros interpretativos a lo que puede, indistintamente apelar. De allí que sea tan importante prestar atención a los criterios que usa la Corte cuando se aproxima a un caso: en esa selección de criterios reside, en buena medida, la resolución del caso.”¹⁰²

Sin embargo, si bien es cierto que en la actualidad las Cortes Supremas han sido las grandes legitimadoras del Estado liberal contemporáneo, y varias veces han modificado sus resoluciones basándose en esta pluralidad de prácticas interpretativas, no debemos perder de vista dos aspectos:

a) Como expliqué en párrafos precedentes dentro de este mismo capítulo, no es nueva la praxis jurídica en la que se advierte una construcción y reconstrucción del derecho, en el primer imperio cristiano de occidente “El Bizantina”, los juristas regulaban los asuntos públicos de forma muy distinta a como eran administrados en la Roma de los cesares. Los Juristas

¹⁰² *Ídem*.

Bizantinos no rescataron a completitud el Derecho Romano, por el contrario lo abrevian y no pocas veces lo alteran para responder a las necesidades del estado bizantino contemporáneo.

- b) Generalmente los textos jurídicos, los materiales jurídicos para decirlo en términos generales, son formulados no ya en un lenguaje artificial en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos están rigurosamente definidos, sino en un lenguaje natural.

Derivado de este último aspecto y dado que el lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas, el significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado con lo cual siguiendo las ideas de Riccardo Guastini surgen los siguientes problemas:¹⁰³

- a) Defectos intrínsecos del lenguaje en el que son formuladas las fuentes del derecho; y
- b) Problemas derivados de la superposición, en tal lenguaje, de las más o menos artificiosas construcciones dogmáticas de los intérpretes.

En los primeros tendremos problemas derivados fundamentalmente de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación, siendo que ésta última puede ser semántica, sintáctica o pragmática.

De esta forma, la vaguedad refiere una propiedad de la referencia de los predicados. “Un predicado es vago siempre que la pregunta a qué cosa se refiere admita una respuesta dudosa. Por ejemplo, de ello la palabra calvo, ¿cuántos cabellos necesitan perderse para ser calvo?”¹⁰⁴

¹⁰³ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Traducción de Marica Gascón y Miguel Carbonell, Octava edición, México, UNAM y Editorial Porrúa, 2008, pp. 58-89.

¹⁰⁴ Guastini, Riccardo, ..., *op. cit.*, p. 62.

Por otra parte, existe la ambigüedad semántica, “siempre que una pregunta admita una pluralidad de respuestas. Por ejemplo, si se descontextualiza el predicado doctor. ¿Debemos entender por doctos a los licenciados en medicina o a los licenciados en general, o quizás los llamados doctores por investigación?”¹⁰⁵

Mientras que la ambigüedad sintáctica depende no del significado de términos o sintagmas singulares, sino de la estructura lógica de los enunciados: “en suma del modo en el que las palabras están conectadas entre sí. Por ejemplo, en el enunciado, los hombres y las mujeres que hayan cumplido sesenta años pueden pedir una pensión, la subordinada relativa que hayan cumplido sesenta años, puede referirse sólo a las mujeres o bien a las mujeres y hombres indistintamente.”¹⁰⁶

Por último, la ambigüedad pragmática surge cuando un “enunciado puede ser utilizado para cumplir diferentes actos del lenguaje, y en el contexto no queda claro que acto lingüístico ha sido cumplido. Por ejemplo, proferir el enunciado “llegaré a las ocho”, puede ser entendido, como previsión, como promesa, como advertencia, como amenaza; y quizás como alguna otra cosa.”¹⁰⁷

Respecto de lo segundos problemas, encontramos las lagunas y antinomias, siendo que “existe una antinomia siempre que dos normas conecten a un mismo supuesto de hechos, dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de modo que se dan controversias susceptibles de soluciones conflictivas.”¹⁰⁸

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 63.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 65.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 68.

Mientras que “existe una laguna cuando no hay alguna norma que conecte una consecuencia jurídica cualquiera a un determinado supuesto de hecho, de modo que se producen controversias no susceptibles de solución alguna.”¹⁰⁹

Sin embargo, no debe perderse de vista que, tanto las lagunas como las antinomias se presentan cuando por una interpretación realizada: son el resultado de las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos. Es decir, estos problemas se dan en la aplicación del derecho, producto de una interpretación que los juristas no logran evitar mediante oportunas opciones de la praxis jurídica.

Para explicar esto, conviene citar un ejemplo que el autor Italiano en comento aduce en su obra:

“El artículo 89 de la constitución italiana exige que los actos del jefe de Estado sean refrendados por los “ministros proponentes”. Si se interpreta esta disposición en el sentido de que se refiere sólo a esos actos que el jefe de Estado adopta como consecuencia de una propuesta ministerial, entonces puede presentarse una laguna: la constitución no disciplina de modo alguno los actos que el presidente adopta por su propia iniciativa (en ausencia de propuesta ministerial). Pero, si, por el contrario, la disposición se interpreta en el sentido de que se refiere a todos los actos presidenciales sin excepción, entonces mágicamente la laguna se disipa. Con esa interpretación, simplemente no se producen actos presidenciales que no vengan precedidos de propuestas ministeriales. La interpretación, en suma, puede evitar las lagunas y las antinomias, pero no resolverlas, por la simple razón de que unas y otras nacen precisamente de la interpretación y se presentan en un proceso interpretativo ya concluido.”¹¹⁰

Es incuestionable que los las lagunas jurídicas surgen de casos cuya solución no se encuentra ni en la costumbre, resolución judicial, legislación, etc., pero todos ellos se advierten después de un ejercicio interpretativo ya concluido, el

¹⁰⁹ *Ídem.*

¹¹⁰ *Ídem.*

cual en su caso quedará colmado, ya sea por una regla de clausura o bien mediante alguna regla de integración del derecho.

De esta forma, sin profundizar por el momento con el tema, dado que ello se hará en el capítulo tercero de la presente investigación, para ejemplificar lo aducido por el autor italiano comentado en párrafos anteriores, conviene citar la tesis aislada dictada por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, en el mes de Marzo del año 2014, cuyo rubro y texto son los siguientes:

"ALIMENTOS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE PATERNIDAD. INTERPRETACIÓN CONFORME DE LOS ARTÍCULOS 941 Y 942 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES; 282, APARTADO A, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO CIVIL Y 52, FRACCIONES II, IV Y VII, DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, TODOS DEL DISTRITO FEDERAL. En el nuevo paradigma de protección de los derechos humanos, los Jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; en este tenor, cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los Jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos. Una primera interpretación literal y en estricto sensu de los invocados preceptos, arroja que los alimentos provisionales, sólo podrían fijarse en un procedimiento o controversia familiar o en el juicio de divorcio. No obstante, de la interpretación lato sensu sistemática y teleológica de estos preceptos, se advierte que el Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio, no sólo en los juicios en que se afecte a la familia, en el concepto propiamente dicho o en juicios de divorcio, sino en cualquier otra controversia, juicio o procedimiento contencioso, como los que tienden a establecer o afectar el parentesco, la paternidad y la filiación, por lo que esas facultades las puede desplegar también en otros asuntos, aunque no sean controversias familiares propiamente dichas, ni juicios de divorcio. Este tribunal considera que debe preferirse esta segunda interpretación, pues puede advertirse que, de manera

general, la clase de procedimientos enunciados están reconocidos como "controversias familiares", no sólo porque estén basados en la existencia o no de un núcleo familiar, sino porque su contenido sustancial es inherente al conjunto de derechos y obligaciones que componen el universo del derecho familiar, entre los que, desde luego, se encuentran las acciones que tienden al establecimiento del parentesco, la paternidad o la filiación; así se entiende cuando la ley refiere que el Juez puede desplegar sus facultades, como la de fijar alimentos provisionales, desde que se reciba la demanda, la controversia o la solicitud de divorcio, es decir, es indistinto la clase de juicio o procedimiento; de lo contrario, no se conseguirían los fines que el legislador dispuso para proteger a los menores si hubiera diferenciado o limitado el uso de las facultades oficiosas del Juez familiar a los asuntos en los que no haya familia como presupuesto. Se sostiene esta interpretación de dichas normas, porque del examen armónico, unas con otras, queda evidenciado que el sistema jurídico tiene una lógica interna propia y posee una coherencia intrínseca y objetiva que justifica acudir a unos preceptos, como los que autorizan el dictado de medidas cautelares, para aclarar el significado de otros, que se refieren a las distintas clases de juicios o procedimientos de los que conocen los Jueces familiares."

De la tesis antes citada, para la relevancia de la presente investigación, se observa lo siguiente:

Que en las disposiciones legales en materia civil sólo prevé la facultad del juez en materia familiar para establecer los alimentos provisionales, en un procedimiento o controversia familiar o en el juicio de divorcio.

Que de una interpretación *lato sensu* sistemática y teleológica de los artículos 941 y 942 del código de procedimientos civiles; 282, apartado a, fracción II, del Código Civil y 52, fracciones II, IV y VII, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia, todos del Distrito Federal, se advierte que el juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio, no sólo en los juicios en que se afecte a la familia, en el concepto propiamente dicho o en juicios de divorcio, sino en cualquier otra controversia, juicio o procedimiento contencioso, como los que tienden a establecer o afectar el parentesco, la paternidad y la filiación, por lo que

esas facultades las puede desplegar también en otros asuntos, aunque no sean controversias familiares propiamente dichas, ni juicios de divorcio.

Que por lo tanto en controversias de paternidad o de filiación debe entenderse que cuando la ley refiere que el juez puede desplegar sus facultades, como la de fijar alimentos provisionales, desde que se reciba la demanda, la controversia o la solicitud de divorcio, es decir, es indistinto la clase de juicio o procedimiento, pues de lo contrario no se conseguirían los fines que el legislador dispuso para proteger a los menores si hubiera diferenciado o limitado el uso de las facultades oficiosas del juez familiar a los asuntos en los que no haya familia como presupuesto.

Para decirlo brevemente, la interpretación hecha por el Tribunal Colegiado de Circuito del Poder Judicial de la Federación, evitó la actualización de una laguna legal respecto de la regulación de las facultades del juez de lo familiar para decretar alimentos provisionales en un juicio de paternidad fundamentado, dicha decisión, en la protección de los menores, se tomó por la simple razón de que está nace precisamente de la interpretación y se presentan en un proceso interpretativo ya concluido.

5.- Sistemas de interpretación.

Ahora bien, toda vez que en el siguiente capítulo nos proponemos definir las normas y sus diversas especies como lo son los principios y la reglas, es oportuno hacer una breve mención de los diversos sistemas de interpretación que han dado forma a las prácticas interpretativas desarrolladas en los párrafos que preceden.

Entre estos sistemas de interpretación tenemos la *interpretatio*, que como ya se había mencionado a lo largo del presente capítulo, se dio en el derecho romano arcaico, el cual fue monopolizado por los pontífices, quienes al interpretar del material jurídico concretamente de las XII tablas, siempre lo relacionaron con

algo mágico, prodigioso, sorprendente y religioso, hasta que los juristas laicos hicieron su aparición, fue que el derecho abrió la asignación de significados de los materiales jurídicos. Hasta llegar a los glosadores quienes se dedicaron al estudio del derecho justiniano, cuya labor más extraordinaria fue la elaboración del *corpus iuris civilis*.

Asimismo, podemos advertir entre los sistemas de interpretación a la escuela de la exégesis, la escuela histórica alemana, la jurisprudencia dogmática, la jurisprudencia de conceptos, la jurisprudencia de interés, la escuela científica francesa, el sociologismo y la escuela libre de derecho; sin embargo, por razón de espacio, sólo desarrollaré brevemente las características esenciales de tres escuelas que a mi consideración resultan las más importantes para entender el presente ensayo.

5.1. La escuela de la exégesis.

La escuela de la exégesis se genera en Francia con un culto al texto jurídico y fe en la legislación, toda vez que la misma era entendida como producto racional y como manifestación directa o indirecta de la soberanía nacional.

Por lo que no es extraño que el positivismo jurídico, y las ideas del liberalismo francés de los siglos XVII y XVIII se encuentren visibles en esta escuela. Efectivamente, tal y como lo aduce Bonnacase, citado por el Doctor Rolando Tamayo, “jamás escuela alguna hizo una profesión de fe más rígida, más completa, mas dogmática, que la escuela de la exégesis.”¹¹¹

De esta forma, sus características son:

¹¹¹ Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho...*, op. cit., p. 343.

Véase también: Bonnacase, Julián, *La Escuela de la Exégesis*, Puebla, México, Cajica, 1944, p.29.

- a) El culto del texto de la ley;
- b) Considerar la voluntad del legislador como pauta suprema de interpretación;
- c) Considerar al legislador omnipresente y omnisapiente.¹¹²

Con la escuela de la exégesis se afirma que los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, toda vez que el derecho ya está hecho por un legislador racional e infalible.

Ahora bien, para entender a cabalidad la escuela de la exégesis, no debemos de perder de vista el contexto en el que se construyó, hay que recordar que las ideas que prevalecían en esos momentos en el derecho, eran la división del poder, y cuyos antecedentes los podemos remontar desde las ideas constitucionales del liberalismo francés del siglo XVIII influidas por Locke y Montesquieu, quienes dividen al poder público para su ejercicio.

John Locke, considerado como el padre del liberalismo moderno, propone que la soberanía emana del pueblo, considerando como principios rectores del Estado, la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad, los cuales constituyen los derechos naturales de los hombres, anteriores a la constitución de la sociedad.

El Estado, al surgir de la idea del hombre, producto de su convivencia social, tiene como misión principal proteger esos derechos, así como las libertades individuales de los ciudadanos. Empero, se advierte que Locke se encontraba “más preocupado, como en general todo el ius-naturalismo contractualista, por la legitimación del poder, que por la organización equilibrada y controlada de su ejercicio”.¹¹³

¹¹² *Ibidem*, p. 344.

¹¹³ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y Control del poder*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 20.

A pesar de ello, también sostiene la idea de separación del poder legislativo y el ejecutivo, donde el gobierno está constituido por un rey y un parlamento. El parlamento es donde se expresa la soberanía popular y donde se hacen las leyes que deben cumplir tanto el rey como el pueblo, destacando que la autoridad del Estado se sostiene en los principios de soberanía popular y legalidad.

Mientras que Montesquieu, bajo la influencia de lo descrito por John Locke, y de la descripción de la práctica constitucional británica, adopta esa división en forma tripartita, atribuyendo el poder legislativo a dos cuerpos colegisladores, uno integrado por los nobles y otro por representantes del pueblo, el ejecutivo en manos del príncipe o jefe de Estado, y el poder judicial se atribuye para su ejercicio “a personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designada de manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad”.¹¹⁴

Es decir, en Francia hubo una fuerte influencia del parlamentarismo inglés, y por ello se le apostó mucho al legislador racional. Sin embargo, tal y como lo sustenta Manuel Aragón Reyes, la interpretación efectuada por Montesquieu, “la Constitución británica, aunque percibe la relación entre la división de poderes y capacidad de frenar, de impedir, no extrae toda la complejidad de controles y fiscalización que forma el delicado equilibrio de aquella Constitución.”¹¹⁵

Razón por la cual uno de los errores de la escuela de la exégesis fue pensar que la interpretación plural surgía como consecuencia mecánica de la división de poderes, sino que al efecto es necesaria la implementación de un control que vigile la actuación del poder público, y de ello devino como conclusión final un culto exagerado al parlamento.

Cuando, por el contrario, la famosa división del poder no es otra cosa que la distribución de las facultades o competencias de los poderes públicos, nunca debe

¹¹⁴ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 14ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001, p.147.

¹¹⁵ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder...*, *op. cit.*, p. 22.

ser considerada como un control del poder, dado que la división o distribución entre los órganos del Estado no implica de forma mecánica la vigilancia en su ejercicio.

5.2. La jurisprudencia dogmática.

La jurisprudencia dogmática constituye el presupuesto básico de la teoría dogmática del positivismo. Con esta forma de describir al derecho, se entendió al sistema jurídico como un conjunto de normas, reglas y principios, que permiten regular cualquier caso posible de la vida social. De ahí que existan lagunas las incongruencias e incertidumbre de la ley son siempre satisfechas mediante la creación de normas derivadas de los principios generales del sistema.

De esta forma, la lógica propia del sistema de la construcción jurídica no sólo sirve para conocer y sistematizar el derecho, sino que es fuente de nuevas reglas jurídicas (o, como ocurre al jurista dogmático) encontradas mediante interpretación.

La construcción jurídica, de acuerdo a Ihering, citado por el Doctor Rolando Tamayo, está sometida a las siguientes reglas básicas:

“(1) La construcción doctrinal (sólo podría haber construcción doctrinal) debe aplicarse exactamente el derecho positivo. De ahí que la legislación adquiera una singular importancia por la facilidad de acceso y conocimiento. Cabe señalar que, de acuerdo con Ihering el legislador no construye, el presenta un derecho, el derecho dado. La construcción respeta el contenido de ese derecho dado pero tiene completa libertad de formas en la vía de la construcción del orden sistemático del derecho.

(2) Ausencia de contradicciones. Estas son inmanentes a la teoría de la construcción, puesto que las construcciones doctrinales que realiza la ciencia jurídica no pueden ser inconscientes ni contradictorias.

(3) La belleza jurídica. Esta regla no tiene la misma importancia en cuanto a condición de la construcción. Sin embargo, señala Ihering, la ciencia jurídica requiere un verdadero estilo artístico entendiendo por ello la sencillez, la transparencia, etc.”¹¹⁶

5.3. El sociologismo y la escuela de derecho libre.

Esta escuela nació con el objeto de atacar la idea mística del jurista y sustituir la técnica jurídica para la correcta aplicación del derecho. Así la escuela del derecho libre es la primera “que describió efectivamente lo que hace un juez cuando busca el derecho aplicable.”¹¹⁷ En virtud de que está, a diferencia de las otras, propone una explicación del fenómeno de la interpretación y no sólo se contenta con dar nuevas reglas de interpretación.

Entre sus principales autores se encuentran Herman Kantorowicz y Eugen Ehrlich, quienes a comienzos del siglo XX la desarrollaron de un modo especial en Alemania y Austria. En específico el primer autor, tal y como lo describe A.L. Goodhart, en 1927 el entonces profesor de la Universidad de Friburgo, dio algunas conferencias en la facultad de derecho de Columbia, publicándose un compendio de las mismas en 1928 bajo el título de “Ciencia Jurídica, resumen de su Metodología,”¹¹⁸ con notas del profesor Edwing Patterson. Es un ensayo de singular interés, pues el autor trazó en él un claro esquema de su teoría del derecho.

La parte preliminar de dicho ensayo trataba de las diferentes ciencias, a las que “Kantorowicz dividía en tres grupos: primero ciencias de la realidad, segundo ciencias de sentido objetivo y tercero, ciencias de valores. El hecho de que la

¹¹⁶ Cfr., Tamayo y Salmorán, Roland, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho...*, op. cit., p. 354.

¹¹⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 344. Véase: Kantorowicz, Herman, *La Lucha por la Ciencia del Derecho*, Información Jurídica, Madrid, Núm.116, Enero 1953, pp.5-6

¹¹⁸ Kantorowicz, Herman, *La Definición del Derecho*, Primera edición, México, Colofón, S.A., 1994, pp.17 y 18.

ciencia jurídica sea en gran medida una ciencia de valores la diferencia de las ciencias físicas, que son puras ciencias de la realidad.”¹¹⁹

De esta forma Kantorowicz se centra en la naturaleza del derecho y de la ciencia jurídica. Definía al derecho “como el conjunto de normas de conducta externa susceptibles de aplicación judicial. Una norma no expone lo que acontece, sino lo que debería acontecer bajo ciertas circunstancias.”¹²⁰

Por otra parte, el autor en comento divide el derecho en formal y libre, el derecho libre no ha completado todavía el proceso de formación, es la interpretación de un estatuto o la aplicación de un caso jurídico precedente. Así el hecho de que la interpretación de un estatuto o de un caso sea dudosa es prueba de que la decisión no puede deducirse jurídicamente del sólo derecho formal, y debe por ello recurrirse al derecho libre.

Otro aspecto importante es que la escuela del derecho libre reconoce la importancia de la así llamada laguna, hecho ignorado generalmente por las otras escuelas, las cuales parecen suponer que el derecho es completo y que toda cuestión jurídica puede encontrar por ello una respuesta automática según el derecho.

La formación y aplicación del derecho libre constituye el objeto de la “*forcie rechtsfindung*”. Este libre hallazgo del derecho depende de varios elementos, tales como la historia del mismo, las condiciones sociales en boga y el ideal judicial del intérprete. De esta forma tenemos como resultado que la ciencia jurídica no puede trabajar sin la ayuda de elementos extralegales y extra científicos.”¹²¹

De tal forma que esta escuela puso en tela de juicio la mayoría de las ideas que se habían formulado sobre el derecho en el siglo XIX, y nos encontramos ante

¹¹⁹ *Ídem.*

¹²⁰ *Ídem.*

¹²¹ *Ídem.*

un pensamiento renovador, tan importante que el derecho libre señala que los procedimientos de interpretación o integración son, en gran medida, ficticios. Se basan en la suposición ingenua e inconsciente de que existe un legislador que tenga exactamente los mismos deseos del que emplea los métodos de interpretación.

Sin embargo, “el procedimiento de la interpretación revela que el intérprete escoge entre las premisas posibles aquellas que suministran conclusiones deseadas. Este procedimiento no resulta de la razón, sino de la voluntad.”¹²²

Los juristas nos han hecho creer que mediante la interpretación, las reglas aplicables al litigio son deducidas de conceptos generales del derecho, conceptos que, a su vez, son obtenidos inductivamente del derecho positivo. “En realidad, lo que hace es resolver los litigios mediante un acto de voluntad, los procedimientos metódicos para argumentar no son sino el disfraz con el cual le dan prestigio a su fallo.”¹²³

Y sostiene Kantorowicz que, “Bartolo, el más famoso de todos los juristas, primeramente dictaba la resolución y luego hacia buscar a su amigo Trigrinio los pasajes aplicables en el corpus Iuris”¹²⁴. Por lo cual compara a la jurisprudencia dogmática con la teología ortodoxa, ya que el jurista hace pensar que todas sus resoluciones se fundamenta en la ley, mientras que la iglesia reconduce todas y cada una de sus instituciones en las sagradas escrituras, así la deducción lógica no pasa de ser mera apariencia, no está al servicio de la verdad sino del interés personal o de grupo.

¹²² Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al Estudio del Derecho...*, op. cit., p. 366.

Véase: Kantorowicz, Herman, *La lucha por La Ciencia del Derecho*, Información Jurídica, Madrid, Núm.116, Enero 1953, pp.5-6

¹²³ *Ídem.*

¹²⁴ *Ídem.*

CAPÍTULO TERCERO

PRINCIPIOS, REGLAS Y POSTULADOS NORMATIVOS

SUMARIO: I.- FORMULACIÓN DE LAS REGULAE IURIS; II.- NORMAS DE PRIMER GRADO: PRINCIPIOS Y REGLAS, CRITERIOS DE DISTINCIÓN, CRITERIOS DE CARÁCTER HIPOTÉTICO-CONDICIONAL; MODO FINAL DE APLICACIÓN; CONFLICTO NORMATIVO; Y FUNDAMENTO AXIOLÓGICO; III.- PROPUESTA DE DISOCIACIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS; IV.- NORMAS DE SEGUNDO GRADO: POSTULADOS NORMATIVOS, A) HERMENÉUTICOS, Y B) APLICATIVOS.

“La ciencia nunca parte de un punto cero, no puede estar libre de supuestos, pues en todo momento presupone un horizonte de expectativas, la ciencia de hoy, se construye sobre la ciencia de ayer y, a su vez, la ciencia de ayer se basa en la ciencia del día anterior. Ontogénicamente, regresamos de este modo hasta las expectativas de los organismos unicelulares.”

Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery*

1. Formulación de las *regulae iuris*.

En el capítulo que precede en este ensayo, sostuve al describir las inferencias en el derecho, que el orden jurídico tiene una textura abierta, ya que en una sociedad existen una gran cantidad de órdenes sociales distintos, de los cuales el derecho tenía que ser altamente flexible, y que por lo tanto él mismo establece las reglas y meta-reglas para resolver cualquier caso omiso. Asimismo, que del propio derecho se extraen sus principios generales comunes a las instituciones positivas, sin embargo, si esto no es suficiente, el juez buscará el derecho aplicable mediante argumentos por analogía o, bien, creará la norma “ad hoc” en virtud de la discrecionalidad judicial.

Por lo cual debemos empezar a advertir que si bien es cierto que el orden jurídico se compone en su totalidad de normas jurídicas, estas, a su vez, deben de ser clasificadas en sus especies, derivado de que algunas normas se diferencian por las funciones que realizan dentro del orden jurídico.

Así, por ejemplo, si bien de la etimología de las palabras regla y norma son muy similares, puesto que la primera nombra un instrumento para medir y trazar líneas rectas sobre una superficie, “dado que proviene del *reger* (rego, is, ere, rexi, rectum), del sanscrito *raj*: dirigir, conducir. Como en *regere clavum* (llevar el timón); regir gobernar, como en *regere rempublicam* (gobernar la república), *regere legionem* (mandar una legión)”.¹²⁵ Mientras que la segunda proviene del latín “*normae* (ae) y significa: escuadra, (instrumento). De ahí deriva el adjetivo: *normalis* (e): hecho a escuadra, trazado a escuadra.”¹²⁶

Y por lo tanto, nombran ambas una herramienta que garantiza un trazo recto, o mejor aún, que garantiza la rectitud, empero, tal y como lo advirtió Peter Stein citado por el Doctor Rolando Tamayo, “Cicerón consistentemente usa regla como estándar o criterio.”¹²⁷

En efecto, regla, en ningún caso, tiene el sentido de regla. “La regla, por el contrario, por su generalidad, comprende un mayor número de nombres que caen bajo el mismo principio [quoe sub oendemration emcadunt]. Ciertamente, algunas reglas son más generales que otras...a estas reglas los griegos las llamaban cánones.”¹²⁸ Es decir, la regla es la descripción sucinta de lo que una cosa es, no es en virtud del principio que el derecho se crea; es del derecho positivo de donde el principio es obtenido.

Efectivamente, si existen reglas más generales que otras, surgen del propio derecho, pero ¿cómo es que éstas se forman? Para contestar la misma y ejemplificar su formación, nos remitiremos a un caso concreto, el del principio general del derecho privado que reza, *pacta sunt servanda*.

¹²⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica, el Paradigma de la Racionalidad en la Ciencia del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 112.

¹²⁶ *Ídem*.

¹²⁷ *Ídem*.

¹²⁸ *Ibidem*, p.115

Para la formación del mismo, los juristas romanos se percataron de que las entidades singulares del derecho privado estaban compuestas de:

- a) actio empti;
- b) actio commodati;
- c) actio hypothecaria;
- d) actio conducti;
- e) actio mandati;
- f) actio certiorum;
- g) actio pignoratitia; y
- h) las de actio pro socio.

De observar estas acciones singulares dentro del derecho romano se observó que “todos los contratos están acompañados de un *actio*. La *actio* asegura que las obligaciones derivadas de los contratos sean cumplidas. La *actio* garantiza que el cumplimiento de las obligaciones *ex contractu* no quede a la voluntad de las partes.”¹²⁹

Entonces si este es el propósito de la *actio* que acompaña a los contratos, existe un principio (*regula iuris*) que penetra e informa todo el derecho romano de los contratos: el principio de *pacta sunt servanda* (todos los contratos deben ser puntualmente cumplidos.)

Así, todos los contratos están garantizados judicialmente y su cumplimiento no se deja a la voluntad de los contratantes, y por lo tanto el principio *pacta sunt servanda*, “es extraído de la experiencia jurídica romana, y en tanto *regula iuris* se encuentra en la cúspide del sistema, conjuntamente con otros principios (*regula iuris*).”¹³⁰

¹²⁹ *Ibidem*, p.118.

¹³⁰ *Ídem*.

En otras palabras, el principio es obtenido del propio derecho romano, mediante una generalización empírica, por lo cual nadie podrá decir que era un derecho ex pos facto, creado por un juez o magistrado, sino simplemente el principio que informa el derecho romano de los contratos.

En virtud de todo lo anteriormente descrito, se observa manifiestamente la conjunción del jurista romano con la fuerte influencia helénica, y más concretamente aristotélica. Razón por la cual “Fritz Schulz citado por el maestro emérito, aduce que no hay nada que agregar al genio romano, es suficiente sólo comparar el Digesto 50,17,1 con analítica a posteriori, 92b 26-27, solo para constar la genealogía de las regula iuris.”¹³¹

Además, agrega Fritz Schulz:

“Las ideas fundamentales, en materia de derecho y justicia, de aquellos romanos que se ocupaban de la producción del derecho: de estas ideas han derivado las reglas del derecho romano privado, y son los verdaderos *principia*, los verdaderos veneros del derecho romano.

Estos principios no están expuestos de forma que puedan leer cómodamente en nuestros textos. Los romanos no los expresaron, porque, en general, no era costumbre la introspección ni la exposición de principios; se puede decir con certeza que de muchos de ellos los romanos no tuvieron conciencia ni siquiera una vez. Y sin embargo, no hay que pensar que se trata de fantasías. Los principios en los que se basaron los juristas romanos deben ser reconocidos necesariamente en el resultado de su trabajo y se puede inferir de los hechos singulares de la historia jurídica.

(...)

En comparación con los hechos singulares de la historia del derecho, los principios, en el sentido indicado, se presentan como una constante; pero, naturalmente, siguen también la ley de la evolución, y también tienen una historia.”¹³²

¹³¹ *Ibidem*, p.120.

¹³² Schulz, Fritz, *Principios del Derecho Romano*, Traducción de Manuel Abellán Velasco, Primera edición, Madrid, Editorial Civitas, 1990, pp.23 y 24.

De esta forma, la jurisprudencia constituye el conjunto de “(meta) reglas de interpretación (*latissimo sensu*) del lenguaje del derecho. Estas (meta) reglas son de diferentes tipos: *nomina iuris*, *definitions*, reglas hermenéuticas y *regula iuris* (principios)”.¹³³ Por lo cual, la jurisprudencia es una herramienta hermenéutica, una disciplina para interpretar los textos jurídicos. Así, al querer dar una lectura jurídica de un precepto del derecho, no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del aparato hermenéutico.

En efecto, el intérprete, al crear normas jurídicas a partir de disposiciones jurídicas, es libre para hacer las conexiones entre las normas y los fines a cuya realización sirven, ya que el ordenamiento jurídico establece la realización de fines, la preservación de valores y el mantenimiento o búsqueda de determinados bienes jurídicos esenciales para la realización de fines y la preservación de los valores.

Justamente por ello, la actividad de interpretación traduce mejor una actividad de reconstrucción: “el intérprete debe dilucidar las disposiciones constitucionales para explicitar sus versiones de significado de acuerdo con los fines y los valores entrematados en el lenguaje constitucional.”¹³⁴

Solamente agregaría al comentario del profesor brasileño que esos fines y valores no necesariamente están en la Constitución, no sólo porque en la actualidad no todos los órdenes jurídicos del mundo cuentan con una Constitución escrita formal, sino además porque no debemos de olvidar que el Estado constitucional de derecho es relativamente reciente, si lo comparamos con la historia de la humanidad, en la que por cierto se vislumbran reglas de conducta.

¹³³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación jurídica. El Paradigma de la Racionalidad en la Ciencia del Derecho...*, op. cit., p. 122.

¹³⁴ Ávila, Humberto, *Teoría de los Principios*, Traducción de Laura Criado Sánchez, 10ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2011, p.33.

Ciertamente el Estado constitucional de que tanto se habla en los círculos académicos, sociales y mediáticos, no es otra cosa que la forma de ser del poder políticamente organizado, que el liberalismo supo imponer a la perfección utilizando al derecho como herramienta esencial para lograr sus fines. Justamente construyó instituciones y ficciones jurídicas a través de las cuales el poder se manifiesta y funciona, con el objeto de que las mismas fueran reconocidas y eficaces ante los destinatarios o gobernados.

Sin embargo, de esta forma de organizar el poder político se va vislumbrando su génesis en algo que se denominó filosofía de la modernidad, es decir, Renacimiento, Reforma luterana, Ilustración y Parlamentarismo Inglés, se da solo cuando se empieza a invadir América. Dado que Europa previo al tipo de Estado en comento, se encontraba sumergido en la Edad Media Feudal, ya que los pueblos árabes los tenían sitiados. Sólo cuando empiezan a apropiarse de América, es que pueden salir de su larga agonía, y se inicia la legitimidad del Estado en comento, principalmente mediante un documento solemne, jerárquicamente superior a los demás documentos y con una gran carga emotiva.

2. Normas de primer grado: principios y reglas, criterios de distinción.

En virtud de lo concluido en los párrafo que preceden, así como de lo sostenido en el capítulo primero del presente ensayo, podemos concluir que si bien el orden jurídico se forma por componentes fácticos (actos de creación y aplicación del derecho) y normativos (las normas jurídicas son creadas y aplicadas por tales actos), no debe pasar desapercibido que ese entramado de normas cumplen diferentes funciones dentro del mismo orden.

De esta forma, profesores en nuestro país como Manuel Morales Hernández, se percataron de que la interpretación en el espacio del derecho, no se constreñía únicamente al sentido de la regla jurídica en aplicación, sino que va más allá de su función habitual, por lo que “el juzgador está obligado a la

aplicación del derecho siempre que le pongan a la vista asuntos en controversia o conflicto, pudiendo presentarse casos en que no existe disposición aplicable o que estaban fuera del alcance de la norma regular, sin que por tal motivo se llegue a la parálisis judicial.”¹³⁵ Por lo cual ya se esmeraban por hacer una compilación de los principios generales del derecho, clasificándolos de la siguiente forma: ¹³⁶

A) Por su origen:

1.- Epistemológico. Derivados de la razón, equidad, naturaleza de las cosas, imperativos de la conciencia social, ideas o convicciones morales.

2.- Heurístico. Extraídos del espíritu del sistema, fundamentos vigentes del derecho, práctica jurisprudencial, e introducidos por la tradición.

3.- Histórico. Fuentes del derecho natural y las instituciones; derecho romano-canónico; trabajo de los glosador y postglosadores, doctrina de los siglos XIX y XX.

B) Por su naturaleza:

1.- Lógica. De justicia y ética social; jurídicos; políticos del orden moral

2.- Científica. Abstractos; materiales; didácticos y constructivos.

C) Por su materia:

1.- Para el derecho sustantivo.

¹³⁵ Morales Hernández, Manuel, *Principios Generales del Derecho (compilación de aforismos jurídicos)* Primera edición, México, Editorial Porrúa, 2009, pp.114-115.

¹³⁶ *Ídem.*

2.- Para el derecho adjetivo o procesal. Divisiones; ramas; especialidades; etc.

D) Por su ámbito de aplicación

1.- Universales. Inherentes a la naturaleza humana; para todo género de relaciones jurídicas.

2.- Otros. Para varios sistemas jurídicos, para un ordenamiento jurídico, para una rama del derecho, para una sola materia, para organización de las instituciones.

Aunque tiene varios puntos criticables, solo se cita para tener un breve resumen referencial sobre los trabajos de principios jurídicos que existen en nuestro país. Por otra parte, con mucho mayor auge en el ámbito jurídico, autores como Ronald Dworkin o tal vez Robert Alexy han pretendido hacer distinciones fuertes entre el carácter de reglas y principios, aduciendo ambos que las normas o bien son principios, o reglas, previendo en esencia cuatro criterios de distinción desarrollados por Humberto Ávila,¹³⁷ a decir:

- a) Criterio de carácter hipotético-condicional;
- b) Criterio modo final de aplicación;
- c) Criterio del conflicto normativo; y
- d) Criterio fundamento axiológico.

A) CARÁCTER HIPOTÉTICO-CONDICIONAL.

Afirma Dworkin que: “si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces o la regla es válida y en cuyo caso la respuesta que ofrece debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada para la decisión. Por su

¹³⁷ Ávila, Humberto, *Teoría de los Principios...*, op. cit., p. 36-37

parte, Alexy, siguiendo las mismas ideas, define a las reglas como normas cuyas premisas se cumplen, o no, directamente.”¹³⁸

Ambos autores sostienen que las reglas poseen un supuesto y una consecuencia que predetermina la decisión, y se aplican de acuerdo con el esquema: “si,...entonces.” A diferencia de los principios, tan sólo indican el fundamento que va a utilizar el aplicador para encontrar, en el futuro, la regla imputable al caso concreto.

ANÁLISIS.

Sin embargo, la primera crítica sería en el sentido de que el contenido normativo de cualquier norma, tanto de la regla como del principio, depende de las posibilidades normativas y fáctica que han de verificarse en el proceso mismo de aplicación, de tal forma que el último paso no lo da la disposición del significado preliminar de la norma, sino por la decisión interpretativa.

Segunda: los principios pueden ser reformulados de modo hipotético, con lo cual a simple vista podría confundirse con una regla, verbigracia: “Si se ejerce el poder estatal, entonces debe garantizarse la participación democrática, (principio democrático)”.¹³⁹ Con lo cual se demuestra que la existencia del supuesto depende más del modo de formulación que propiamente de una característica atribuible empíricamente a sólo una categoría de normas.

Resulta difícil creer que la forma de exteriorización de las disposiciones objeto de la interpretación resuelva totalmente el modo en que la norma (resultado de la interpretación) va regular la conducta humana o como debe aplicarse.

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ *Ibidem*, p. 38.

Posteriormente, aunque una determinada disposición haya sido formulada de modo hipotético por el legislador, ello no significa que el intérprete no pueda tenerla como principio. Ello en virtud de que el intérprete tiene la función de medir y especificar la intensidad de la relación entre la disposición interpretada y los fines y valores que le son, potencial y axiológicamente, superiores; él puede realizar la interpretación jurídica de una disposición hipotéticamente formulada como regla o como principio.

Para decirlo brevemente, todo depende de las conexiones valorativas que por medio de la argumentación, el intérprete intensifica, así como la finalidad que entiende que debe alcanzarse.

B) CRITERIO MODO FINAL DE APLICACIÓN.

“Dworkin afirma que las reglas se aplican de modo todo o nada (*all-or-nothing*) en el sentido de que si se cumple el supuesto de hecho de una regla, o la regla es válida y se acepta la consecuencia normativa, o no se considera válida. Mientras que los principios, por el contrario, no determinan absolutamente la decisión, sino solamente contienen fundamentos que deben conjugarse con otros fundamentos provenientes de otros principios.”¹⁴⁰

Por su parte, Alexy aduce que las reglas son normas cuyas premisas son o no directamente cumplidas y que no pueden ni deben ponderarse. Según el profesor Alemán “las reglas establecen obligaciones definitivas, ya que no se ven superadas por normas contrapuestas, mientras que los principios establecen obligaciones *prima facie*, en la medida en que éstas pueden ser superadas o derogadas en función de otros principios opuestos.”¹⁴¹

¹⁴⁰ Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Traducción por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez, México, Ediciones Fontamara, S.A., 1993, pp. 11-13.

¹⁴¹ *Ídem*.

ANÁLISIS.

De igual forma, el modo de aplicación no está determinado por el texto del objeto de interpretación, sino que es resultado de conexiones axiológicas que construye o intensifica el intérprete.

En efecto, muchas de las veces el carácter absoluto de las reglas se modifica completamente después de haber considerado todas las circunstancias del caso. Es por ello que para un mejor entendimiento resulta oportuno citar un ejemplo del teórico brasileño en comentario:

“La legislación tributaria federal estableció acogerse al programa de pago simplificado de tributos federales que implicaba la prohibición de importar productos extranjeros. Si hubiera importación, entonces la empresa quedaría excluida del programa de pago simplificado. Una pequeña fábrica de sofás, calificada como pequeña empresa a los efectos de pagar conjuntamente los tributos federales, fue excluida de ese mecanismo por haber infringido la condición legal de no importar productos extranjeros. De hecho, la empresa realizó una importación. Sin embargo, esta fue de cuatro patas, un único sofá, una única vez. Recurrida la decisión, se anuló la exclusión por violar la razonabilidad, en la medida en que una interpretación dentro de lo razonable indica que la interpretación debe hacerse en consonancia con aquello que, para el sentido común, sería aceptable ante la ley.”¹⁴²

En este caso, la regla que prohibía la importación para permanecer en un régimen tributario especial, pero no se aplicaron las consecuencias de su incumplimiento, es decir, “la exclusión del régimen tributario, debido a que la falta del comportamiento previsto por ella no comprometía el fin que la justificaba (el estímulo de la producción nacional por parte de las pequeñas empresas).”¹⁴³

Entonces, con la importación de un sofá, por un única vez, no se detiene el estímulo a la producción nacional de aquel país, luego se advierte claramente que

¹⁴² Ávila, Humberto, *Teoría de los Principios...*, op. cit., p. 43.

¹⁴³ *Ídem*.

la consideración de circunstancias concretas e individuales no tiene que ver con la estructura de las normas, sino con su aplicación; tanto los principios como las reglas pueden implicar la consideración de aspectos específicos, que en abstracto no tuvieron consideración

“Por lo cual, la afirmación de que las reglas se aplican según el modo todo o nada sólo tiene sentido cuando ya se hayan superado todas las cuestiones relacionadas con la validez, al sentido y a la subsunción final de los hechos.”¹⁴⁴
“Máxime que la vaguedad de los enunciados normativos no es un rasgo distintivo de los principios, sino un elemento común de cualquier enunciado prescriptivo, sea este un principio o una regla.”¹⁴⁵

Por último, cabe descartar que de igual forma deviene errónea la idea de que si una regla se produce en el plano de los hechos, la consecuencia normativa debe aplicarse directamente, en virtud de que, por un lado, hay casos en que las reglas pueden aplicarse sin que se satisfagan sus condiciones, tal y como sucede con la aplicación analógica de las reglas, en esos casos no se cumplen las condiciones de aplicabilidad de las reglas, pero aun así estas se aplican, ya que los casos son similares los casos previstos en el supuesto normativo que justifica la aplicación de la regla.

¹⁴⁴ *Ídem.*

¹⁴⁵ Este inconveniente fue desarrollado en el capítulo segundo de la presente tesis, al sostener que generalmente los textos jurídicos o en un sentido más amplio los materiales jurídicos, son formulados no ya en un lenguaje artificial en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos están rigurosamente definidos, sino en un lenguaje natural. Derivado de este último aspecto y dado que el lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas, el significado de los enunciados, por tanto es fatalmente indeterminado con lo cual surgen las dificultades como: a) Defectos intrínsecos del lenguaje en el que son formuladas las fuentes del derecho; y b) problemas derivados de la superposición, en tal lenguaje, de las más o menos artificiosas construcciones dogmáticas de los intérpretes.

En los primeros tendremos problemas derivados fundamentalmente de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación, siendo que esta última puede ser semántica, sintáctica o pragmática. Véase: Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Traducción de Marica Gascón y Miguel Carbonell, Octava edición, México, UNAM y Editorial Porrúa, 2008, pp. 58-89.

C) CRITERIO DEL CONFLICTO NORMATIVO.

De nueva cuenta, regresando a las ideas de Dworkin, el autor sostiene que “los principios, al contrario de las reglas, poseen una dimensión de pesos que se exterioriza en caso de colisión, supuesto en el que el principio con un mayor peso relativo se superpone al otro, sin que este pierda su validez.”¹⁴⁶

Por su parte Alexy menciona que “los principios jurídicos tan sólo son una especie de norma jurídica por medio de la cual se establecen deberes de optimización, aplicables a varios grados, según las posibilidades normativas y fácticas.”¹⁴⁷

Por esta razón, en caso de “colisión entre principios, la solución no se resuelve con la inmediata determinación de prevalencia de un principio sobre otro, sino que se establece en función de la ponderación entre los principios en conflicto, según la cual en determinadas circunstancias concretas, prevalece uno de ellos. Esta especie de tensión y el modo de resolverse es lo que distingue los principios de las reglas.”¹⁴⁸

Ciertamente en los últimos años, en el ámbito académico, se difundió que cuando dos reglas entran en conflicto, una de las dos, o se declara su invalidez de alguna de las reglas o se establece una excepción a una de ellas para esquivar y subsanar la incompatibilidad entre ellas. Mientras que cuando dos principios entran en conflicto se debe atribuir una mayor dimensión de peso a uno de ellos.

ANÁLISIS.

Sin embargo, hay que repensar esas ideas con un ejemplo muy ilustrativo que nos describe el doctor Ávila:

¹⁴⁶ Alexy, Robert, *Derecho y Razón práctica...*, op. cit., p.14

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ *Ídem.*

“Una regla prohíbe conceder medidas cautelares contra la Hacienda Pública que se agote el objeto litigioso (art.1 de la Ley 9.494/1997). Esta regla prohíbe al juez determinar, mediante medida cautelar, el suministro de medicamentos por parte del sistema de salud a quien los necesite para vivir. Otra regla, no obstante, determina que el Estado debe suministrar de forma gratuita, medicamentos excepcionales a las personas que no puedan soportar los gastos relativos a esas medicinas (art. 1 de la Ley estatal 9.908/1993). Esta regla obliga a que el juez determine, incluso mediante medida cautelar, que el sistema de salud suministre medicamentos a quien los necesite para vivir.”¹⁴⁹

Ambas normas, siguiendo las ideas de Alexy, tienen las características de reglas, pero el problema surge cuando establecen comportamientos contradictorios, una determinando lo que la otra prohíbe; sin embargo, superan el conflicto abstracto manteniendo su validez, sin necesidad de nulificar alguna ni de establecer excepción, siempre y cuando el juez al momento de resolver un caso concreto, atribuya un peso mayor a una de las dos, en razón de la finalidad que cada una de ellas busca preservar, o prevalezca la finalidad de preservar la vida del ciudadano.

Así, independientemente de la solución que se adopte, la idea de que en el “conflicto entre reglas, necesariamente abstracto, se debe declarar la validez o excepción de alguna de ellas, resulta una cualidad contingente.”¹⁵⁰

Las reglas, de igual forma, son susceptibles de ponderación, en donde el intérprete tiene que examinar varias razones en contra y a favor de la incidencia de la regla, o investigar un conjunto de razones para decidir los elementos que constituyen los conceptos jurídico-políticos. Ello de igual forma se advierte en la decisión sobre la aplicabilidad de un precedente judicial al caso objeto de examen.

¹⁴⁹ Ávila, Humberto, *Teoría de los Principios...*, op. cit., p.48.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 49.

Al justificar una decisión en una tesis aislada, por ejemplo, significa que el juzgador se aleja de una decisión y se incorpora a otra, incluso a una nueva decisión que tiene como consecuencias una ponderación de razones. Por ello, debemos concluir que no solamente los principios poseen una dimensión de peso, ya que en la aplicación de las reglas exige una aprobación de razones, cuya importancia atribuirá el aplicador.

Para mayor entendimiento de lo que aquí se narra, conviene citar la jurisprudencia dictada por Tribunales Colegiados de Circuito en nuestro país, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 4, en el mes Marzo del 2014, Tomo II, cuyo rubro y contenido son los siguientes:

”CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU APLICACIÓN ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. De la interpretación sistemática y teleológica de los principios pro persona establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con ésta y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, hermenéutico en materia convencional, previsto en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como sustento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, se advierte que la aplicación del control difuso ex officio en materia de derechos humanos es una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano, cuyo uso está condicionado a la optimización de la norma que la integra para maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para ese fin. Esto significa que la aplicación del mencionado control se realiza en suplencia de la deficiencia de la normativa interna; es decir, el juzgador no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto, en virtud de que, antes, por lógica y preferencia del derecho interno, deberá analizar cómo está establecido el derecho humano en controversia en los contenidos que existen en las reglas y los principios constitucionales, así como en la legislación

ordinaria, para que, una vez que se determine mediante los razonamientos respectivos que el derecho fundamental no está protegido o, si lo está, no suficientemente en favor de la persona, se justifica que se realice el control difuso de convencionalidad *ex officio*. De no hacerse así, éste pudiera aplicarse sin restricción alguna, acudiendo de manera directa a la normativa internacional para resolver el caso, sin antes ponderar y justificar la insuficiencia o imperfección del derecho interno, pues no debe soslayarse que el sistema jurídico de cada Estado presenta características especiales que lo distinguen, por lo que de acuerdo a su situación, cada Nación deberá establecer cómo aplicar el control difuso de convencionalidad que lo haga coherente con su derecho interno y, como consecuencia, que se logre la optimización de los derechos humanos. Además, es importante establecer que el sistema nacional prevé una serie de formalidades e instancias para que el gobernado haga valer sus derechos y se reparen sus posibles violaciones; por lo que si se acudiera directamente al control difuso de convencionalidad, se provocaría desorden e incertidumbre en la aplicación del derecho para la solución de los casos, pues podría pasar que existiendo solución en la normativa interna y sin agotarse sus recursos o instancias, se aplicara la normativa internacional, dispensando a la persona del cumplimiento de las cargas que le correspondían de acuerdo con el orden jurídico nacional, lo que es irrealizable y agreda la coherencia y la funcionalidad del sistema interno; máxime que la Constitución Federal, en su artículo 1o., condiciona que dicho control sea útil para optimizar el derecho humano, lo que constituye un presupuesto constitucional previo que el aplicador deberá ponderar para estar en condiciones de realizar o no el control citado.”

De la jurisprudencia dictada en el desempeño de la función jurisdiccional se advierte que, atendiendo al control de la convencionalidad (hoy de moda) el juzgador realiza en suplencia de la deficiencia de la normativa interna, es decir, el juzgador no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto, en virtud de que, antes, por lógica y preferencia del derecho interno, deberá analizar cómo está establecido el derecho humano en controversia en los contenidos que existen en las reglas y los principios constitucionales, así como en la legislación ordinaria, para que, una vez que se determine mediante los razonamientos respectivos que el derecho fundamental no está protegido o, si lo está, no suficientemente en favor de la persona, se justifica que se realice el

control difuso de convencionalidad ex officio. Es decir, para efectos de entender y explicar lo que hemos desarrollado, la interpretación, en suma, puede evitar las lagunas y las antinomias del orden normativo, ya se traten de reglas o principios, por la simple razón de que unas y otras nacen precisamente de la interpretación y se presentan en un proceso interpretativo ya concluido.

D) CRITERIO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO.

Este criterio se encuentra fuertemente vinculado con el que se describió en los párrafos que anteceden, toda vez que con el mismo se sostiene que la dimensión axiológica es privativa de los principios, y derivado de ellos los principios poseen una dimensión de peso, que al momento de colisión tendrá que decidirse sobre la mayor preponderancia de algún valor.

A este respecto, Rodolfo Vigo, al resumir y caracterizar el pensamiento de Dworkin, afirma que:

“La teoría herculeana permite obtener una respuesta correcta al caso sin necesidad de reconocer en el juez un poder de creación jurídica e incluso que su confianza para pensar en respuestas correctas no debe confundirse con la posibilidad de demostrar esa corrección. La confianza cognoscitiva que Dworkin deposita en los jueces es prácticamente ilimitada en el sentido de que desde la totalidad coherente del derecho le corresponde descubrir la respuesta correcta que tiene que dar al encuentro, por eso MacCormick califica a la postura dworkiana de ultraracionalista y Aarnio entiende que subyace en la postulación de la respuesta correcta una noción de valores absolutos.”¹⁵¹

Por su parte Alexy sostiene que:

“Una teoría de los principios conduce a estructuras de argumentación racional, lo que no vale para un simple catálogo de topoi. A pesar de esta contribución a la racionalidad práctica que no

¹⁵¹ Vigo L., Rodolfo, *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*... op. cit., p. 49 y 50.

hay que infravalorar, es sin embargo, también clara la urgencia con que la teoría de los principios necesita un complemento a través de una teoría de la argumentación jurídica de mayor alcance.”¹⁵²

ANÁLISIS.

La dimensión de peso no es un atributo abstracto de los principios, sino una cualidad de las razones y los fines a lo que ellos hacen referencia, cuya importancia concreta es atribuida por quien los aplica, en otras palabras es el resultado de un juicio valorativo del aplicador.

En resumen las diferencias entre principios y reglas no están en el hecho de que las reglas deban aplicarse en el todo y los principios solo en la medida máxima. Ambos tipos de normas deben aplicarse de tal modo que su contenido se realice totalmente, razón por la cual Ávila concluye afirmando que:

“Tanto las reglas como los principios poseen el mismo contenido de “deber ser.” La única distinción es en cuanto a la determinación de la prescripción de conducta que resulta de su interpretación, los principios no determinan directamente la conducta que ha de seguirse, tan solo establecen fines normativamente relevantes, cuya concreción depende más intensamente de un acto institucional de aplicación que deberá encontrar el comportamiento necesario para primer el fin; las reglas depende de modo menos intenso de un acto institucional de aplicación en los casos normales, pues el comportamiento ya está previsto frontalmente por la norma.”¹⁵³

Por lo cual los principios por sí mismos no son mandatos de optimización, un mandato de éste tipo no puede aplicarse más o menos, o se optimiza o no se optimiza. Por lo cual debemos distinguir entre el mandato per se, mismos que se refiere al uso de un principio; y el contenido de un principio debe ser optimado en el procedimiento de ponderación, en otras palabras, el mandato de optimización, y mandato para ser optimizado. Así, el punto decisivo no es, por lo tanto, la falta de

¹⁵²Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica...*, op. cit., p.14

¹⁵³Ávila, Humberto, *Teoría de los Principios...*, op. cit., p. 57.

ponderación en la aplicación de las reglas, sino el tipo de ponderación que se hace y el modo cómo deberá fundamentarse de forma válida, lo que es distinto.

3. Propuesta de disociación entre principios y reglas.

El multialudido autor brasileño propone cuatro fundamentos para disociar los principios de las reglas, a decir, justificante, abstracto, heurístico, alternativo inclusivo.

La primera sustenta que los principios remiten al intérprete a valores y a diferentes modos de promover resultados, de este modo los valores dependen de una evaluación totalmente subjetiva. Así que, tal y como lo sostiene Aarnio: “con esta primera fundamentación se propone la construcción de criterios que permitan aplicar racionalmente esos mismos valores.”¹⁵⁴

En la abstracta aduce que al distinguir las reglas de los principios desde las categorías normativas busca anticipar características de las especies normativas de modo que el intérprete o el aplicador, al encontrarlas vea comprimido el proceso de interpretación y aplicación del derecho.

Así, mediante su estructuración, “la carga de la argumentación del aplicador del derecho, en la medida en que una calificación de las especies normativas permita aminorar pero nunca eliminar la necesidad de fundamentación, al indicar por lo menos, lo que debe ser justificado.”¹⁵⁵

Ello es así, ya que debemos recordar tal y como fue descrito en los párrafos que anteceden que, aunque normalmente las reglas posean un supuesto de hecho, y se aplican de forma automática y entren en conflicto directo con otras reglas, estas características no son necesarias ni suficientes, y por lo tanto

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 58.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 59.

contingentes. Máxime que una clasificación no puede, con el pretexto de definir especies normativas en un nivel preliminar, servirse de elementos que dependen de las consideraciones de todas las circunstancias.

La tercera es la denominada disociación heurística, misma que constituye la parte clave de su teoría de los principios, la cual por su trascendencia en su hipótesis, pero de igual forma por la relevancia y conclusión de la tesis que se desarrolla, se cita de forma literal:

“El intérprete construye las normas a partir de las disposiciones y de su significado usual. Esta calificación normativa depende de conexiones axiológicas que no están incorporadas al texto ni pertenecen a él, sino que, antes bien, las construye el propio intérprete. Por ello la distinción entre principio y reglas deja de constituirse en una distinción bien con valor empírica, sustentado por el propio objeto de la interpretación, bien con valor conclusivo, que no permite anticipar por completo la significación normativa y su modo de obtención. En vez de ello, se transforma en una distinción que favorece el valor heurístico, en la medida en que funciona como modelo o hipótesis provisional de trabajo para una posterior reconstrucción de contenidos normativos, sin no obstante, asegurar ningún procedimiento estrictamente deductivo, de fundamentación o de decisión al respecto de eso contenidos.”¹⁵⁶

Por último, tenemos la disociación en alternativas inclusivas, las que dicho sea de paso, utilizaremos en el último capítulo del presente trabajo, al describir el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la cual advertiremos la coexistencia de las especies normativas en razón de una misma disposición. Ello en virtud de que una misma disposición puede funcionar como punto de referencia para la construcción de principios, reglas y postulados.

En efecto, tal y como lo demostrare en el siguiente capítulo, una disposición puede ser punto de partida para construir reglas y principios, siempre que se

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

analice el comportamiento previsto desde distintas perspectivas, es decir, los enunciados normativos tienen un carácter pluridimensional que dependerá en todo caso el valor del intérprete y aplicador.

Ahora bien, toda vez que el intérprete construye las normas a partir de las disposiciones y de su significado usual, este se concluye con la interpretación; sin embargo, el autor Ávila aduce como propuesta conceptual (sin olvidar que en todo caso será finalizada en la aplicación de la disposición normativa) entre las reglas, principios y postulados, los siguientes:

“Las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensiones de decibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige la valoración de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos.”¹⁵⁷

Los principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensiones de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere de una valoración de la corrección entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción.”¹⁵⁸

Sin embargo, y como una conclusión parcial del tema, es oportuno enfatizar que, si bien existe esta conceptualización de los principios y reglas aduciendo que el problema de la aplicación del derecho no está solo en separar analíticamente las especies normativas, sino en abastecer al aplicador criterios, intersubjetivamente aplicables, que pueden hacer efectivos los mandatos normativos sin incorporar el arbitrio.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 70.

¹⁵⁸ *Ídem*.

4. Normas de segundo grado: postulados normativos.

Por otra parte existen dentro del ordenamiento jurídico los postulados normativos, mismos que en esencia constituyen condiciones interpretativas, y a diferencia de los principios y las reglas, constituyen normas inmediatamente metódicas que establecen los criterios de aplicación de otras normas situadas en el plano objetivo de aplicación, también se les puede llamar como meta normas o normas de segundo grado, es decir, los postulados no se sitúan en el mismo nivel, ya que estos orientarán sobre la forma de aplicación de las primeras.

De tal forma que, al ser los postulados normas metódicas, no son normas realizables en distintos grados, sino que se estructuran la aplicación de otras normas con rígida racionalidad y no son normas con un elevado grado de abstracción y, generalidad, sino normas que proporcionan criterios bastante precisos para la aplicación del derecho, por lo cual podemos dividir en hermenéuticos, destinados a la comprensión general del derecho y postulados aplicativos, cuya función en estructuras es su aplicación concreta.”¹⁵⁹

4.1. Postulados hermenéuticos.

Los postulados hermenéuticos tendrán la función de darle una comprensión interna y abstracta al ordenamiento jurídico, entre los más importantes está “el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico, que exige del intérprete la relación entre la parte y el todo mediante el empleo de las categorías del orden y unidad, a su vez, un sub-elemento de este postulado es el de la coherencia, que impone al intérprete, entro otros deberes, la obligación de relacionar las normas con las formalmente o materialmente superiores.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 111 y 112.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 113.

De igual forma, debemos entender al ordenamiento jurídico como una estructura escalonada de normas, un sector, un orden que se basa en el postulado de jerarquía, que en los últimos años ha dado paso a la interpretación conforme la constitución.

En efecto, derivado de la jerarquización constitucional, debemos disociar dos planos, uno abstracto y otro concreto, para estar en condiciones de determinar en el plano concreto las normas que prevalecen, y en el abstracto saber si algunas normas jurídicas poseen una jerarquía superior, en el sentido de una preferencia inmanente al sistema jurídico, de carácter definitivo o relativo, respecto de otras normas. Pero además es precisar las relaciones de dependencia existentes entre las normas jurídicas dentro de un sistema jurídico.

Lo relevante en el plano concreto será la relación entre las normas, y depende de una regla concreta entre razones en conflicto, mientras en el abstracto, se puede constituir una estructura argumentativa, incluso sin un problema existente. Sin embargo, la cuestión de saber si hay prevalencia o jerarquía abstracta entre normas jurídicas, en el sentido de un orden inmanente de prelación, es muy conflictiva, ya que no se puede sostener una relación definitiva de prevalencia entre normas jurídicas constitucionales.

De esta forma, si bien puede existir “una jerarquización desde una perspectiva semiótica, es decir, sintáctica y semántica, refiriéndose la primera a la relación lógica entre normas y las segunda derivada de una jerarquía formal y materiales, al final de todo, depende de una evaluación del intérprete, que señala un mayor valor de una de ellas”,¹⁶¹ es por ello que Ávila sostiene:

“Desde una perspectiva semejante, que comprende no solo las normas jurídicas, sino también poderes y fuentes normativas, se puede utilizar las categorías de jerarquía estructural formal, material, lógica y axiológica. La jerarquía estructural o formal se refiere a la

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 114.

relación entre sus normas jurídicas dictadas por dos poderes, de modo que una obtiene su fundamento de validez de otra (por ejemplo, la relación entre poder constituyente reformador y poder constituyente originario.) La jerarquía material se refiere a la relación entre dos normas jurídicas, en el supuesto de que una tercera establezca que una de las dos no posee fundamento de validez cuando entra en conflicto con otra (por ejemplo, la relación entre constitución y ley.) La jerarquía lógica trata de relacionar entre normas que dependen de la estructura del lenguaje (por ejemplo, la relación entre la ley de revocación, y ley revocada). La jerarquía axiológica apunta hacia la relación entre normas, que el derecho no regula expresamente pero que resulta de una evaluación del intérprete, que señala un valor mayor de una de ellas.¹⁶²

Por lo cual el orden jurídico se vuelve complejo, en virtud de que no hay una sólo relación vertical de jerarquía, sino además relaciones horizontales, verticales y entrelazadas, entre las normas y gradual, cuya consecuencia preponderante está situada en el plano de la eficacia. Máxime que al ocurrir esto entre en escena el postulado de la coherencia, es decir, la conexión de sentido o la relación de dependencia entre las normas, la cual puede ser de también formal o material, siendo que la primera está vinculada a la noción de consistencias (ausencia de contradicciones) y completitud (integridad), mientras que la segunda está relacionada con la conexión positiva de sentido.

4.2. Postulados normativos aplicativos.

Cabe recordar que las normas que se describen se sitúan en el segundo grado (meta-normas) y por lo tanto establecen la estructura de aplicación de otras normas, es decir, de principio o reglas, que como tales permiten verificar los casos en los que se violan las normas cuya aplicación estructuran.

Justamente para la comprensión concreta del derecho, existen condiciones de su aplicación, estas condiciones se definen como postulados normativos aplicativos, en la medida en que se emplean para solucionar cuestiones que

¹⁶² *Ibidem*, p. 115.

surgen en la aplicación del derecho. “Especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas y externas: contingentes, en vez de necesarias, porque surgen ocasionalmente en cada caso; concretas, en vez de abstractas, por que surgen ante un problema concreto; y externas, en vez de internas, porque no surgen en razón de conflictos internos al ordenamiento jurídico, sino que derivan de circunstancias externas a él”.¹⁶³ Entre los principales postulados aplicativos están la proporcionalidad, la razonabilidad y la prohibición de exceso.

Estos postulados aplicativos, concretamente los de proporcionalidad y razonabilidad, nos demuestran que lejos de exigir del aplicador una mera actividad de subsunción, estos requieren en vez de ello, que se ordenen y relacionen varios elementos, por ejemplo “(medio y fin, criterio y mediada, regla general y caso individual) y no un mero examen de correspondencia entre el supuesto normativo y los elementos de hecho.”¹⁶⁴

Por otra parte, la prohibición de exceso se presenta en cualquier texto en el que se esté restringiendo un derecho fundamental, por lo cual no exige como en el caso del postulado de proporcionalidad una relación entre un medio y un fin, si no que la prohibición de exceso depende únicamente, de que un derecho fundamental se esté limitando de sobremanera.

Así, la realización de unas reglas o principio constitucional no puede conducir a la limitación de un derecho fundamental que le retire un mínimo de eficacia. Por ejemplo, “el poder tributario no puede llevar a aniquilar la libre iniciativa. En ese caso, la ponderación de valores indica que la aplicación de una norma, regla o principio (competencia estatal para establecer impuestos) no puede implicar la imposibilidad de aplicar otra norma, principio o regla (protección de la propiedad privada.)”¹⁶⁵

¹⁶³ *Ibidem*, p. 121.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 129.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 132.

CAPÍTULO CUARTO

FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 31 CONSTITUCIONAL. COMO EJEMPLO PRÁCTICO DE LA CONVIVENCIA ENTRE PRINCIPIOS, REGLAS Y POSTULADOS EN UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA

SUMARIO: I.- ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO TRIBUTARIO; II.- ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS CONTRIBUCIONES; III.-DIVERSAS INTERPRETACIONES DE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 31 CONSTITUCIONAL, COMO REGLAS, PRINCIPIOS Y POSTULADOS.

“El derecho, al igual que los juegos, es igualmente resultado de la convención. Esto no significa que surja como producto de un acuerdo fácticamente tomado entre hombres. El carácter convencional del Derecho indica que es producto de la voluntad de los hombres, que tienen un origen artificial y que, por consiguiente no deriva de la naturaleza de las cosas”.

Gregorio Robles, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos.*

1. Aspectos generales del derecho tributario.

Afirma Adolfo Arrijo Vizcaíno que “el derecho fiscal es el conjunto de normas jurídicas y principios del derecho público que regulan la actividad del Estado como fisco y que el principio esencial de esta disciplina es la legalidad.”¹⁶⁶

Por lo cual, “si con la expresión *derecho tributario* se denomina al sistema jurídico relativo a los tributos, y con la expresión *derecho impositivo* se denomina al sistema jurídico relativo a las contribuciones impuestas por el Estado, resulta claro que en ambos casos se trata de la materia fiscal, por lo tanto, las

¹⁶⁶ Arrijo Vizcaíno, Adolfo, *Derecho fiscal*, 20^a Edición, México, Editorial Themis, 2009, p. 29.

expresiones *derecho fiscal*, *derecho tributario* y *derecho impositivo* pueden considerarse sinónimas.”¹⁶⁷

Derivado de ambas conceptualizaciones, sólo nos resta hacer una distinción entre el derecho fiscal y la dogmática fiscal. Efectivamente, sin abundar demasiado, ya que fue tratado en el capítulo segundo¹⁶⁸ del presente trabajo, lo importante es recalcar que existe un entramado de normas que regulan en esencia las contribuciones, y que existe una dogmática denominada tributaria o fiscal que se encarga de su estudio.

Ahora bien, sostiene el propio profesor Raúl Rodríguez Lobato que “la contribución es un concepto genérico que engloba a todo lo que auxilia a sufragar los gastos del Estado. Este género se divide en contribuciones forzadas y contribuciones voluntarias”.¹⁶⁹

Por lo cual es mejor analizar dicho concepto, y delimitarlo con otras palabras como tributo, así, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, la palabra “contribución” proviene del latín *contributio*, *-onis*; cuyos significados son los siguientes:

1. f. Acción y efecto de contribuir; 2. f. Cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas del Estado. A) De guerra; 1. f. Exacción extraordinaria que los ejércitos beligerantes imponen a las poblaciones que toman u ocupan. B) De sangre; 1. f. Servicio militar. C) Directa; 1. f. La que pesa sobre personas, bienes o usos determinados. D) Especial; 1. f. Der. Tributo que se exige a quien se beneficia de la realización de obras públicas o del

¹⁶⁷ Rodríguez Lobato, Raúl, *Derecho Fiscal*, 2ª edición, México, D.F., Oxford University Press-Harla, 1998, p.1 5.

¹⁶⁸ En el capítulo segundo detallamos la relevancia entre los dos niveles del lenguaje para evitar grandes confusiones y paradojas. En particular debe diferenciarse perfectamente cuando se trata de una interpretación orgánica (la cual forma parte del lengua prescriptivo) puesto que los actos jurídicos que se formulan en palabras o por escrito contienen ellos mismos alguna indicación sobre su significación. Lo cual es una particularidad de los materiales jurídicos, ya que se auto interpretan, sin embargo no deja de ser parte del lenguaje prescriptivo, objeto de la ciencia jurídica.

¹⁶⁹ Rodríguez Lobato, Raúl, ..., *op. cit.*, p.5.

establecimiento de servicios públicos. E) Indirecta; 1. f. La que grava determinados actos de producción, comercio o consumo. F) Territorial; 1. f. La que ha de tributar la riqueza rústica. G) Urbana; 1. f. La que se impone a la propiedad inmueble en centros de población. H) Poner; 1. loc. verb. Recurrir a cualesquiera medios que pueden cooperar en la consecución de un fin.¹⁷⁰

De lo anteriormente citado, se advierte que en las diversas acepciones de contribución encontramos las palabras: cuota, cooperación, pago, imposición, tributo. Por lo tanto, podemos advertir que la palabra ‘contribución’ contiene aparejada la idea de cuota o cantidad que se paga para algún fin, cuyo pago puede ser voluntario o impositivo.

En efecto, la palabra contribución es usada para amortiguar una carga monetaria impositiva y denotarla como voluntaria; o bien una cantidad de carácter obligatorio denominada tributo, cuya acepción incluso trae aparejada la idea del poder o capacidad de las personas o grupos para imponer su voluntad sobre otros, a pesar de la resistencia, utilizando el recurso del miedo, retirándole las recompensas regularmente ofrecidas y por el contrario estableciendo impuestos sobre el gobernado.

Sin embargo, el profesor Hugo Carrasco Iriarte sostiene que las palabras “contribución y tributo son sinónimos; cuya diferencia es de carácter histórico, no de contenido;”¹⁷¹ toda vez que mientras el concepto de contribución en términos de Rousseau está “inspirado en un pacto social, el buen salvaje se une con los demás y forma el Estado; y de consenso deciden contribuir al gasto público, o sea, que en una forma democrática se establecen los impuestos.”¹⁷²

¹⁷⁰ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Vigésima primera edición. Editorial Espasa, España, 2001.

¹⁷¹ Carrasco Iriarte, Hugo, *Derecho Fiscal I.*, 6ª edición, México, IURE Editores, 2007, p. 12.

¹⁷² Ídem.

La palabra tributo “es una denotación referida a una situación histórica que la humanidad no quiere volver a vivir; el establecimiento de impuestos por el fuerte sobre el débil. El señor exige a sus súbditos el pago de impuestos”.¹⁷³

Sin embargo, las palabra contribución no sólo tiene un carácter histórico, que la asemeja con la denominación tributo, sino además político, toda vez que desde la Constitución de Apatzingán de 1814, se advierte claramente cómo los detentadores del poder atenuaban el impacto que al efecto contiene la palabra tributo, estableciendo en el artículo 36 que “las contribuciones no son extorsiones de la sociedad, sino donaciones de los ciudadanos, para seguridad y defensa”.¹⁷⁴

Efectivamente, las cargas tributarias que realizan los detentadores del poder detrás de la figura jurídica denominada Estado siempre se han querido dulcificar con la palabra contribución, al deber de los gobernados de entregar una cuota o cantidad que se paga para algún fin, buscando evitar toda idea de imposición.

Lo anterior no sólo ha servido como herramienta para prescribir y atenuar en la Constitución la palabra contribución, es decir, una “cuota voluntaria”, como sucede en nuestro país, de igual forma los gobiernos buscan moderar sus imposiciones tributarias en las leyes secundarias, nombrando a los impuestos, como contribuciones, no obstante que la denominación más adecuada sería la primera.

En resumen, la dogmática fiscal únicamente estudia los ingresos que provienen de las contribuciones, cuya distinción es de vital importancia, dado que los principios constitucionales únicamente comprenden a dichos ingresos, razón por la cual el estudio de tal materia debe entenderse como “todo lo relativo a los ingresos del Estado, proveniente de las contribuciones y la relación entre el propio

¹⁷³ *Ídem.*

¹⁷⁴ Cámara de Diputados http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf. Última consulta 15 de mayo de 2014.

Estado y los particulares, considerando su calidad de contribuyentes.”¹⁷⁵ Cuyo antecedente más remoto en el constitucionalismo moderno, siguiendo las ideas de De la Garza, es la Carta Magna de Juan sin tierra de 1215, “donde se sancionó por primera vez el principio de los tributos solo podían ser establecidos por un acto de consentimiento de los representantes de los contribuyentes, que en aquel tiempo eran los barones. En ese acto de consentimiento estaba toda la base de las libertades políticas que invocaban los barones frente al rey absoluto inglés.”¹⁷⁶

Por tanto, al ser la dogmática fiscal la que estudia todo lo relativo a los ingresos del Estado, proveniente de las contribuciones y la relación entre el propio Estado y los particulares, considerando su calidad de contribuyentes.

2. Elementos esenciales de las contribuciones.

De conformidad con la legislación, dogmática fiscal y jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales, los elementos esenciales de las contribuciones son: sujeto, objeto, base, tasa o tarifa y época de pago.

Sujeto

Para la existencia de una relación jurídica-tributaria debe existir un sujeto activo y otro pasivo.

I. Sujeto activo. En el derecho tributario se define como la persona o ente soberano investido de la potestad tributaria, que es uno de los atributos de esa soberanía, el cual a través de prescripciones jurídicas y hechos, da nacimiento a los tributos, siendo que en el caos de nuestro sistema jurídico, tanto la Federación,

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.11.

¹⁷⁶ *Cfr.*, De la Garza, Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 77^a edición, México, Editorial Porrúa, 1976, p. 22.

las Entidades Federativas y los Municipios, pueden ser sujetos activos en la relación jurídica-tributaria.

II. Sujeto pasivo. Es la persona que conforme a la ley debe satisfacer una prestación en dinero o en especie, a favor del fisco, ya sea propia o de un tercero, o bien se trate de un deber jurídico fiscal sustantiva o formal.

Objeto

Toda ley tributaria debe señalar cuál es el objeto del gravamen, es decir, qué se va a gravar a las personas que actualicen determinado supuesto jurídico.

Base

“La base del tributo es por regla general el valor pecuniario señalado por la ley al que se le aplica la tarifa, para establecer la cuantía de la obligación fiscal, es decir para precisar el adeudo en cantidad líquida”.¹⁷⁷ Cuya valoración la hace el propio contribuyente, o bien alguna autoridad facultada, por lo cual pueden existir diversos tipos de base, tales como: bruta, neta, fija, variable, y presuntiva.

Tarifa

La tasa o tarifa es la escala que señala las diversas contribuciones que se deben pagar por los sujetos pasivos en la relación jurídico-tributaria. En este sentido existen diversos tipos de tarifas tributarias; empero, de conformidad con lo aducido por el profesor Rodríguez Lobato, las más comunes son: de derrama, fija, proporcional y progresiva.

Derrama fija. “Cuando la cantidad que pretende obtenerse como rendimiento del tributo se distribuye entre los sujetos afectos al mismo”.¹⁷⁸

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 124.

¹⁷⁸ *Ídem*.

Fija. Cuando en la norma jurídica (ley) se prescribe la cuota o cantidad exacta que al efecto debe pagar el sujeto pasivo de la relación jurídica-tributaria.

Proporcional. Cuando la ley prescribe un tanto por ciento fijo. Tal y como lo establece la Ley del Impuesto al Valor Agregado, la cual fue modificada en el año de 2009, incrementando los porcentajes que se aplican en forma general y en las regiones fronterizas uno por ciento.

Progresivas. Tales tarifas aumentan, de forma permanente y constante, al aumentar la base.

Época de pago

La época de pago, como su nombre lo indica, hace referencia al plazo legal con el que cuentan los sujetos pasivos de una relación jurídica-tributaria, para satisfacer sus obligaciones fiscales.

3. Diversas interpretaciones de la fracción IV del artículo 31 constitucional, como reglas, principios y postulados.

Debemos recordar, tal y como fue descrito en el capítulo que antecede, que el intérprete construye las normas a partir de las disposiciones y de su significado usual. Razón por la cual esta calificación normativa depende de conexiones axiológicas que no están incorporadas al texto ni pertenecen a él, sino que, antes bien, las construye el propio intérprete, es por ello que la distinción entre principio y reglas deja de constituirse en una distinción bien con valor empírica, sustentado por el propio objeto de la interpretación, bien con valor conclusivo, que no permite anticipar por completo la significación normativa y su modo de obtención.

Entonces debemos destacar una distinción que favorece la razón práctica, en la medida en que funciona como modelo o hipótesis provisional de trabajo para una posterior reconstrucción de contenidos normativos, sin no obstante, asegurar

ningún procedimiento estrictamente deductivo, de fundamentación o de decisión al respecto de esos contenidos.

Por lo cual nos proponemos a continuación a describir el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del cual observaremos como existe la coexistencia de las especies normativas en razón de una misma disposición. Ello en virtud de que un mismo precepto constitucional puede funcionar como punto de referencia para la construcción de principios, reglas y postulados; siempre que se analice el comportamiento previsto desde distintas perspectivas, es decir, los enunciados normativos tienen un carácter pluridimensional que dependerá en todo caso del valor del intérprete y aplicador.

El artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la letra establece:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

(....)

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

De este pequeño texto constitucional, los juristas en México han sostenido interpretaciones tan diversas, y construido un arsenal tan amplio en la praxis y dogmática tributaria, que para un neófito o un iniciado en la práctica jurídica le sería sorprendente. En efecto, a partir de este enunciado normativo, se ha sostenido:

Principio de generalidad de las contribuciones;

Regla de obligatoriedad de las contribuciones, y sus criterios de vinculación entre los hechos causa de las contribuciones y los titulares de la potestad fiscal;

Obligaciones tributarias en sentido formal y material;

Principio de legalidad tributaria;

Garantía de reserva de ley en materia tributaria;

Regla que determina la potestad constitucional en materia tributaria;

Principio de proporcionalidad en materia tributaria;

Principio de equidad en materia tributaria;

Que equidad y proporcionalidad tributaria son un mismo principio;

Que la materia tributaria por su posición formal en el orden constitucional, no era una garantía susceptible de la protección mediante amparo;

Procedente el amparo en materia tributaria al constituir una garantía constitucional; etc.

3.1. Principio de generalidad de las contribuciones.

Tal principio no sólo responde a la materia tributaria, sino a las normas jurídicas generales (esencialmente leyes y tratados), toda vez que las principales características son: generalidad, impersonalidad, abstracción y obligatoriedad.

En este sentido, se dice que una ley es general, en oposición a singular, en razón de que los destinatarios de la ley son indeterminados. Por lo cual, los sujetos deberán contribuir al gasto público de la Federación, Entidades Federativas y Municipios, si y sólo si, actualizan la hipótesis jurídica prescrita en

una ley, “es decir, el hecho imponible, el cual al realizarse se provoca el surgimiento de una obligación”.¹⁷⁹

Por otra parte, cabe precisar que los conceptos de generalidad y abstracción se refieren a características diferentes de la ley, toda vez que mientras el primero, como ya se señaló anteriormente, establece la indeterminación de los sujetos, la segunda acepción se refiere no a los sujetos, sino a las acciones, de forma que sería abstracta una ley que no predetermine los casos a los que se va aplicar.

De esta forma, en materia tributaria, a los sujetos pasivos colocados en el mismo supuesto impositivo se les impone obligaciones iguales”.¹⁸⁰ Sin embargo, no debe olvidarse el supuesto aristotélico del trato que se debe dar a los iguales y desigual a los desiguales. Por tanto, la ley puede tener un trato desigual a los sujetos pasivos de las contribuciones, siempre y cuando el mismo esté lo suficientemente justificado y razonado.

Lo anterior es así, dado que si bien en nuestro país se establece a rango constitucional, el principio de igualdad ante la ley e igualdad en su aplicación, no debe perderse de vista que en el primer caso el legislador se encuentra facultado para prescribir menor carga de obligaciones a determinados contribuyentes, siempre y cuando tal desigualdad jurídica se encuentre lo suficientemente justificada y razonada.

En efecto, para cumplir el principio de equidad tributaria el legislador tiene la facultad de ejercicio obligatorio para crear categorías o clasificaciones de contribuyentes, sustentadas en bases objetivas que justifiquen el tratamiento diferente, y que pueden responder a finalidades económicas o sociales, razones de política fiscal o incluso extra fiscales.

¹⁷⁹ Carrasco Iriarte, Hugo..., *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁰ *Ídem.*

En ese sentido, se advierte que las mencionadas finalidades económicas o sociales, o bien, las razones de política fiscal o extra fiscal que sustenten las categorías diferenciadoras establecidas por el legislador, cuando se materializan a través de bases objetivas y bajo parámetros razonables.

Corroborar lo antes mencionado la tesis aislada dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta XXIX, en el mes de Enero del año 2009, página 551, cuyo rubro y contenido se precisan a continuación:

“FINES EXTRAFISCALES Y DE POLÍTICA FISCAL. CUANDO PERSIGUEN UNA FINALIDAD AVALADA POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS APORTAN ELEMENTOS ADICIONALES PARA EL ESTUDIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO. Acorde con la jurisprudencia P./J. 24/2000, de rubro: "IMPUESTOS. PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PREVISTO POR EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL", para cumplir el principio de equidad tributaria el legislador no sólo está facultado, sino que tiene la obligación de crear categorías o clasificaciones de contribuyentes, sustentadas en bases objetivas que justifiquen el tratamiento diferente, y que pueden responder a finalidades económicas o sociales, razones de política fiscal o incluso extrafiscales. En ese sentido, se advierte que las mencionadas finalidades económicas o sociales, o bien, las razones de política fiscal o extrafiscal que sustenten las categorías diferenciadoras establecidas por el legislador, cuando se materializan a través de bases objetivas y bajo parámetros razonables, no son una causa que justifique la violación a la garantía de equidad tributaria, sino que tal concatenación de circunstancias es lo que permite salvaguardar dicha garantía, es decir, cuando los indicados fines persiguen una finalidad avalada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aportan elementos adicionales para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un determinado precepto. En tal virtud, partiendo de la premisa de que efectivamente existiría un trato diferenciado, la búsqueda de fines extrafiscales o de política tributaria no es la razón que justificaría el establecimiento de un trato discriminatorio, sino que evidenciaría que la diferenciación no vulnera la Constitución y que se cumplen los postulados de la garantía de equidad. Argumentar lo contrario implica un error

metodológico, al alterarse el orden de la conclusión en relación con las premisas, pues se partiría de la existencia -no corroborada- de una violación a la garantía de equidad tributaria, para posteriormente oponer a ésta la existencia de fines fiscales o extrafiscales que supuestamente justificarían la afectación a los derechos de los gobernados. Sin embargo, ello no es así, pues no debe inferirse que el trato simplemente desigual en automático implica una diferenciación discriminatoria y violatoria de garantías, sino que debe reconocerse que, en las circunstancias descritas, no se vulnera la mencionada garantía porque se persiguen las finalidades apuntadas, las cuales podrán analizarse desde una óptica constitucional.”

3.2. Regla de obligatoriedad de las contribuciones, y sus criterios de vinculación entre los hechos causa de las contribuciones y los titulares de la potestad fiscal

Al tener el Estado la potestad fiscal o tributaria, es decir, la facultad para imponer a los particulares la obligación de aportar una parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas, es que tal ente tiene “plena libertad para adoptar el criterio que estime más idóneo para establecer a los particulares los tributos, según su organización jurídica, su sentido de justicia y sus necesidades financieras”.¹⁸¹

Por tanto, para gravar las actividades de las personas se han adoptado dos criterios; el subjetivo y el objetivo, en los cuales el legislador advierte los siguientes aspectos:

Objetivos	Subjetivos
Nacionalidad	Fuente de riqueza
Domicilio	Establecimiento permanente
Residencia	

¹⁸¹ Rodríguez Lobato, Raúl..., *op. cit.*, p. 151.

De dichos aspectos, cabe detenernos en el de nacionalidad, la cual se puede definir según el profesor Carlos Arellano García como la “institución jurídica a través de la cual se relaciona un persona física o moral con el Estado, en razón de pertenencia, por si sola, o en función de cosas, de un manera originaria o derivada.”¹⁸²

Sostiene el profesor Carlos Arellano García que el concepto citado en el párrafo que antecede es el más adecuado, toda vez que con el mismo se engloba en una sola definición la nacionalidad que se le atribuya a las personas físicas y jurídico colectivas, así como a las cosas (objetos), incluso abarca las formas en cómo se obtiene la misma.

En este sentido, cabe destacar que la nacionalidad mexicana se obtiene por nacimiento o naturalización, es decir, la nacionalidad puede ser originaria o derivada; y en la caso de la primera, nunca se pierde, tal y como lo establece el artículo 37, inciso A) de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, sólo los mexicanos deben contribuir al gasto público de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes; sin embargo, surge la interrogante ¿sólo los mexicanos deben pagar contribuciones?

La respuesta la observamos en lo establecido en el artículo 4 de la Convención sobre las Condiciones Jurídicas del Extranjero de 1928, celebrado en La Habana, Cuba, y ratificada por nuestro país, con las reservas a los artículos 5 y 6 de la propia Convención, en el cual se advierte lo siguiente:

¹⁸² Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 16^a edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 195.

“Artículo 4.- Los extranjeros están obligados a las contribuciones ordinarias o extraordinarias, así como a los empréstitos forzosos, siempre que tales medidas alcancen a la generalidad de la población.”

Luego se colige que los extranjeros tienen el deber jurídico de tributar y cumplir con sus obligaciones fiscales formales en la misma condición que los mexicanos, siempre que los tributos o incluso los ingresos no tributarios, alcancen a la generalidad de la población.

Así, no obstante que el texto del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *que es objeto de análisis de la tesis fuerte y principal del presente trabajo*, no establezca de forma literal las obligaciones de los extranjeros, dado que dicho precepto solo prevé el deber de los mexicanos. Empero de una interpretación sistemática se hace extensiva la obligación tributaria.

Aunque para evitar todo lo antes narrado, con una mejor técnica legislativa, se podría prever en el texto constitucional un ámbito universal, es decir, el deber para “todos los gobernados de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos”, tal y como lo establece el artículo 31 de la Constitución Española, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 31

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”

3.3. Obligaciones tributarias en sentido formal y material.

La obligación del contribuyente consiste en el deber de entregar una cantidad de dinero al Estado en virtud de haberse causado un tributo, cantidad que el Estado puede exigir coercitivamente en caso de falta de pago oportuno.

Sin embargo, además de dicha obligación, el contribuyente debe cumplir con ciertos requisitos administrativos o de política tributaria, a los cuales se les llama obligaciones formales, y consisten, por ejemplo, en presentar declaraciones, manifestación de avisos, y llevar una contabilidad.

En efecto los contribuyentes tienen, además de la obligación de pagar contribuciones, la de llevar una contabilidad y soportar la revisión de la autoridad tal y como se advierte de los artículos 28, 30, 44, fracción I, 45, 46, 49, fracción I y 53 del Código Fiscal de la Federación, y de su interpretación y aplicación hecha por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en esta décima época, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, en el mes de Febrero del año 2014, Tomo II, página 1469, cuyo rubro y contenido es el siguiente:

“VISITA DOMICILIARIA. ALCANCES DEL TÉRMINO "DE INMEDIATO" CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 53, INCISO A), DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. Acorde con los artículos 28, 30, 44, fracción I, 45, 46, 49, fracción I y 53 del citado ordenamiento tributario, los contribuyentes, sus representantes legales o la persona con quien se entienda una visita domiciliaria, están obligados a conservar en su domicilio fiscal la contabilidad que conforme a las disposiciones fiscales tenga que llevarse y mantenerla a disposición de la autoridad fiscal. En ese sentido, si la visita domiciliaria constituye un acto de molestia desarrollado invariablemente en el domicilio fiscal del contribuyente y su objetivo consiste en que la autoridad revise en ese momento la contabilidad del visitado, a fin de conocer su situación fiscal, lo dispuesto en el inciso a) del referido artículo 53, respecto a que en el caso de que durante el curso de una visita domiciliaria las autoridades fiscales soliciten al contribuyente, responsable solidario o tercero, los libros y registros que formen parte de su contabilidad o, en su caso, los diagramas y el diseño del sistema de registro electrónico, éstos deberán presentarse "de inmediato", no significa que la persona visitada tenga un plazo para cumplir el requerimiento, sino que se entiende que tal documentación debe exhibirse inmediatamente después de haberse solicitado, esto es, de manera contigua o muy cercana y sin tardanzas, pues el contribuyente está obligado a tenerla a la mano en el lugar en el que se desarrolla la visita y

siempre a disposición de la autoridad fiscal. En el entendido de que no debe considerarse un incumplimiento sancionable el que no se exhiba al instante o en el segundo inmediatamente posterior al requerimiento, pues la obligación de presentarla inmediatamente sólo significa que debe exhibirse sin tardanzas, y no que ni siquiera se tenga el tiempo indispensable para localizar lo solicitado en los libros, documentos, registros o archivos.”

En todo caso, lo relevante para la presente investigación es destacar que, si bien es cierto las obligaciones formales se desarrollan en disposiciones legales como lo es el Código Fiscal de la Federación, no debe perderse de vista que su fundamento constitucional, emana surge o se interpreta del artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.4.- Principio de legalidad tributaria.

El principio de legalidad tributaria está estrechamente ligado al principio de seguridad jurídica, el cual consiste en que las contribuciones impuestas por el Estado, a cargo de las personas físicas y jurídico colectivas, deben ser establecidas en una ley con las características de generalidad y abstracción, y que tal ley responda tanto a la validez formal como material, respetando así el orden jurídico, mismo que es articulado o instaurado por la Constitución.

Es por ello que el profesor Rodríguez Lobato señala que las leyes impositivas contienen dos tipos de prescripciones: “unos de carácter declarativo, que son los que se refieren al nacimiento de las obligaciones fiscales y a la identificación del causante”.¹⁸³ Y otras de carácter ejecutivo, “que son las que se refieren a los deberes del causante y, en su caso, de las personas que además de él tienen responsabilidad fiscal para el cumplimiento pleno y oportuno de la obligación fiscal”.¹⁸⁴

¹⁸³ Rodríguez Lobato, Raúl..., *op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 36.

Ahora bien, al ser la imposición tributaria uno de los instrumentos jurídicos que mayor intervención directa tiene en la esfera jurídica del gobernado, es que existen principios en la ley fiscal distintos a las demás normas jurídicas, los cuales son: a) anualidad de las leyes fiscales; b) aplicación estricta de la ley fiscal; c) límite en el tiempo de la ley fiscal; d) Cámara de Diputados como órgano originario en el procedimiento legislativo tributario; y e) garantía de reserva de ley.

A) ANUALIDAD DE LAS LEYES FISCALES.

Al prescribir los artículos 73, fracción VII, 74, fracción IV y 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que el Congreso de la Unión tiene facultades para determinar las contribuciones necesarias para cubrir anualmente el gasto público, es que se advierte precisamente que la vigencia de las leyes fiscales es anual.

Lo anterior es así, toda vez que las contribuciones al afectar directa o indirectamente la capacidad contributiva personal o real del deudor fiscal, es indispensable que sea proporcional y equitativa, y además que tal imposición sea en la medida necesaria para cubrir el presupuesto de egresos de un año.

Por tanto, los impuestos que al efecto se prescriban en una anualidad, además de establecerlos en la ley respectiva, deben advertirse en una Ley de Ingresos del año respectivo, dado que ello supone que la contribución es indispensable para cubrir el gasto público de esa anualidad. Máxime que si el Estado cobrará contribuciones olvidando sus fines específicos destruiría la fuente de la imposición fiscal, lo cual equivaldría a aniquilarse a sí mismo, junto con su sistema económico.

B) APLICACIÓN ESTRICTA DE LA LEY FISCAL.

Establece el artículo 5 del Código Fiscal de la Federación:

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

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

Del precepto antes citado se advierte que tratándose de disposiciones que regulan los elementos esenciales de las contribuciones, es decir, sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Sin embargo, algunas veces, el Poder Judicial Federal, así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han sostenido que si bien para desentrañar el alcance de lo dispuesto en las normas que establecen el sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de una contribución y las excepciones a ésta, las respectivas disposiciones deben aplicarse en forma estricta, mientras que la interpretación del resto de las disposiciones tributarias podrá realizarse aplicando cualquier otro método de interpretación jurídica.

En algunas circunstancias no se debe impedir al intérprete acudir a los diversos métodos que permiten conocer la verdadera intención del creador de las normas, cuando de su análisis literal en virtud de las palabras utilizadas, sean técnicas o de uso común, se genere incertidumbre sobre su significado, ya que el efecto de la disposición en comento es constreñir a aquél a realizar la aplicación de la respectiva hipótesis jurídica única y exclusivamente a las situaciones de hecho que coincidan con lo previsto en ella, una vez desentrañado su alcance, tal y como se advierte en la tesis aislada cuyo rubro es el siguiente: “LEYES TRIBUTARIAS. SU INTERPRETACIÓN AL TENOR DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5o. DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.”

C) LÍMITE EN EL TIEMPO DE LA LEY FISCAL.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el desempeño de la función jurisdiccional, señaló en la tesis 1a. CLXXIX/2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en el mes de diciembre de 2006, página 177, lo siguiente:

“APLICACIÓN RETROACTIVA EN BENEFICIO DEL GOBERNADO. CONFORME AL ARTÍCULO 6o. DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, NO PROCEDE POR REGLA GENERAL EN MATERIA FISCAL. De la interpretación ad contram del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la posibilidad de aplicar retroactivamente una disposición, si ello se hace en beneficio del gobernado; sin embargo, no hay una regla específica que dicte los supuestos en que la autoridad se encuentra obligada a hacerlo ni una distinción a la luz de la materia de que se trate. Así, en el ámbito del derecho fiscal, que es de interpretación estricta, la regla general emanada del artículo 6o. del Código Fiscal de la Federación expresa que no existe obligación de hacerlo, en tanto que establece que la materia sustantiva tributaria se regirá conforme a las leyes fiscales vigentes al momento de la realización del supuesto, esto es, tanto para la causación como para la determinación del tributo, mientras que para lo adjetivo serán aplicables las disposiciones expedidas posteriormente. En efecto, los principios constitucionales en materia tributaria, con el objeto de establecer un sistema fiscal justo, pretenden que las personas concurren al levantamiento de las cargas públicas conforme a sus distintas capacidades, motivo por el cual si una persona evidencia encontrarse en una situación demostrativa de capacidad en un momento determinado, justificándose la imposición del gravamen, la circunstancia de que la ley sea modificada o adicionada de tal manera que se aminore la carga fiscal, por regla general, no implica que la situación bajo la cual se causó o enteró el gravamen haya dejado de ser idónea para efectos del cumplimiento del mandato constitucional de contribuir a los gastos públicos. En esta tesitura, lo preceptuado en el referido artículo 6o. evidencia su consistencia lógica con los principios que inspiran el sistema tributario, así como su coherencia en el marco de las normas que pretenden gravar las capacidades existentes y actuales.”

De la tesis anteriormente citada, se colige que si bien de conformidad con el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existe la posibilidad de aplicar retroactivamente una disposición, si ello se hace en beneficio del gobernado. En materia tributaria, tal y como lo establece el artículo 6o. del

Código Fiscal de la Federación, la autoridad no tiene la obligación de hacerlo, dado que dicho precepto legal establece que la materia sustantiva tributaria se regirá conforme a las leyes fiscales vigentes al momento de la realización del supuesto, esto es, tanto para la causación, como para la determinación del tributo, mientras que para lo adjetivo serán aplicables las disposiciones expedidas posteriormente.

Ello es así según la Corte, en razón de que los principios constitucionales en materia tributaria, con el objeto de establecer un sistema fiscal justo, pretenden que las personas concurren al levantamiento de las cargas públicas conforme a sus distintas capacidades, motivo por el cual si una persona evidencia encontrarse en una situación demostrativa de capacidad en un momento determinado, justificándose la imposición del gravamen, la circunstancia de que la ley sea modificada o adicionada de tal manera que se aminore la carga fiscal, por regla general, no implica que la situación bajo la cual se causó o enteró el gravamen haya dejado de ser idónea para efectos del cumplimiento del mandato constitucional de contribuir a los gastos públicos.

El criterio anterior, al sostener que la materia sustantiva tributaria se regirá conforme a las leyes fiscales vigentes al momento de la realización del supuesto, y que las disposiciones adjetivas les serán aplicables a las prescripciones expedidas posteriormente, es sumamente lógico partiendo de las ideas de justicia fiscal; sin embargo, no debe perderse de vista que tratándose de multas fiscales, las cuales constituyen la sanción a una infracción legal, y que el legislador ha estimado que la sanción es justa para el hecho infractor, tal principio de aplicar retroactivamente una disposición sí debe hacerse en beneficio del gobernado.

Lo anterior es así toda vez que tales multas no constituyen la manera legalmente normal de proveer a los gastos públicos, sino sólo una sanción a una conducta infractora con miras a evitarla en el futuro y, en ocasiones, a reparar sus efectos; y si el legislador modificará la ley, ya sea suprimiendo la infracción o sancionándola en forma más benigna, debe concluirse que en este supuesto la

posibilidad de aplicar retroactivamente una disposición, sí debe hacerse en beneficio del gobernado.

En efecto, al constituir las multas fiscales sólo una sanción a una conducta infractora, con miras a evitarla en el futuro y, en ocasiones, a reparar sus efectos, como de igual forma lo son las sanciones penales, que no tienen como objetivo recaudar y sufragar los gastos públicos (justicia fiscal), y si el legislador al modificar la ley, ya sea suprimiendo la infracción o sancionándola en forma más benigna, debe aplicar retroactivamente una disposición si es benéfica para el gobernado. Tal y como se advierte de la tesis XVII.2o.P.A.22, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, del mes de septiembre de 2005, página 1495, dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en materias Penales y Administrativas del Décimo Séptimo Circuito, cuyo rubro indica: “MULTA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. SI DICHO PRECEPTO SE MODIFICA Y CON ELLO RESULTA MÁS BENÉFICA PARA EL PARTICULAR, DEBE ESTARSE A LA MÁS RECIENTE, AUN CUANDO LOS HECHOS HAYAN OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL ANTERIOR TEXTO LEGAL.”

D) CÁMARA DE DIPUTADOS COMO ÓRGANO ORIGINARIO EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO TRIBUTARIO.

De conformidad con el artículo 72, inciso h) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones, cuyos debates pueden comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras; empero, en la formación de las leyes o decretos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, deben discutirse primero en la Cámara de Diputados.

E) GARANTÍA DE RESERVA DE LEY. Misma que será desarrollada a continuación por separada, como un punto independiente.

3.5. Garantía de reserva de ley en materia tributaria.

La garantía de reserva de ley emana de lo prescrito en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya interpretación ha sido que para cubrir el gasto público, las contribuciones sólo pueden ser reguladas mediante ley.

Tal principio es enunciado mediante “el aforismo, adoptado por analogía en el derecho penal, *nullum tributum sine lege*. Por lo tanto, la ley debe establecer cuáles son los elementos esenciales del tributo, a saber, objeto, sujeto, exenciones, base, tarifa, pago, infracciones y sanciones”.¹⁸⁵

En efecto, en materia tributaria, los elementos esenciales de los tributos, a decir, sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, época de pago, y conforme lo sostenido por el profesor Rodríguez Lobato, exenciones, infracciones y sanciones sólo pueden ser establecidas en una ley, en otras palabras, tal y como lo ha reconocido la Corte en el desempeño de la función jurisdiccional, así como la dogmática tributaria. Lo anterior se conoce como “garantía de reserva de ley”.

Este ordena que deban prescribirse los elementos de los tributos en la ley y no en ordenamientos de menor jerarquía, sin que los mismos contravengan lo establecido en la Constitución (validez material); y que se haya respetado el procedimiento establecido para el nacimiento o modificación de los citados elementos (validez formal).

Ahora bien, tal garantía de reserva de ley se divide en absoluta y relativa. La primera aparece cuando la regulación de una determinada materia queda

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 43.

acotada en forma exclusiva a la ley formal, y por lo tanto la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes secundarias.

En cambio, la reserva relativa permite que otras fuentes de la ley vengan a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse. En otras palabras, la regulación de las normas secundarias que establecen los elementos esenciales de los tributos debe quedar subordinada a las prescripciones que la ley haya establecido para la materia normativa.

Siendo que en nuestro sistema jurídico-tributario prevalece el principio de reserva de ley relativa, según lo sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. CXLVIII/97, localizada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VI, del mes de noviembre de 1997, página 78, cuyo rubro reza: "LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY".

Del cual se advierte que en nuestro sistema jurídico-tributario prevalece la garantía de reserva de ley relativa, toda vez que, por una parte, la materia tributaria no debe ser regulada en su totalidad por una ley formal, sino que es suficiente sólo un acto normativo primario que contenga la normativa esencial de la referida materia, puesto que de ese modo la presencia del acto normativo primario marca un límite de contenido para las normas secundarias posteriores, las cuales no podrán nunca contravenir lo dispuesto en la norma primaria; y, por otro lado, en casos excepcionales, y que lo justifiquen, pueden existir remisiones a normas secundarias, siempre y cuando tales remisiones hagan una regulación subordinada y dependiente de la ley, y además constituyan un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria.

Luego se advierte que no se faculta que otras fuentes diversas a la ley regulen parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse. Es decir, que la prescripción de normas secundarias que regulen los elementos esenciales de los tributos (objeto, sujeto, exenciones, base, tarifa, pago, infracciones y sanciones) debe quedar subordinada a los preceptos que la ley haya establecido para la materia normativa.

3.6. Regla que determina la potestad constitucional en materia tributaria, y para evitar la doble tributación.

De la Garza sostiene que “recibe el nombre de Poder Fiscal o Tributario la Facultad del Estado por virtud de la cual puede imponer a los particulares la obligación de aportarle una parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas.”¹⁸⁶

Sin embargo, la potestad tributaria del Estado no sólo debe constreñirse a establecer contribuciones forzosas por medio del poder legislativo, sino que además la potestad del Estado de igual forma se refleja en los poderes públicos ejecutivo y judicial, en razón de que por medio del ejecutivo se aplican y recaudan las contribuciones prescritas, e incluso controla sus propios actos (Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), y a través del judicial se dirime y controla los actos de los otros poderes públicos.

Entonces es inconcuso que “la potestad tributaria del Estado comprende tres funciones: la normativa, la administrativa y la jurisdiccional, para cuyo ejercicio el Estado tiene facultades de legislación, de reglamentación, de aplicación, de jurisdicción y de ejecución que ejercen los poderes legislativo, ejecutivo y judicial”.¹⁸⁷

¹⁸⁶ De la Garza, Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 77^a edición, México, Editorial Porrúa, 1976, p. 212.

¹⁸⁷ Rodríguez Lobato, Raúl..., *op. cit.*, p. 8.

Ahora bien, De la Garza aduce que la potestad tributaria del Estado puede ser originaria y delegada, cuya diferencia radica en que la primera “nace originariamente en la Constitución y por tanto no lo recibe de ninguna entidad. Tal es el caso de la Federación y de los estados en la República Mexicana: ambos tipos de entidades tienen poder fiscal originario”.¹⁸⁸ Mientras la potestad delegada surge “cuando la entidad política lo posee porque le ha sido transmitido, a su vez, por otra entidad que tiene poder originario.”¹⁸⁹

En virtud de lo anterior, se advierte que la potestad tributaria es:

- a) Inherente al Estado.
- b) Originaria y/o derivada.
- c) Propia de los poderes públicos.
- d) Permanente.

3.6.1. La potestad de la federación, de los estados, del distrito federal y de los municipios.

La facultad para imponer contribuciones, mediante normas generales, impersonales y abstractas, en el sistema impositivo mexicano reconoce a tres órganos legislativos, es decir

- a) El Congreso General;
- b) Las legislaturas de los Estados; y
- c) La Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Sin embargo, cabe destacar que los municipios, si bien carecen de la potestad tributaria para establecer contribuciones, mediante normas generales, impersonales y abstractas (leyes), toda vez que tal facultad recae en los órganos legislativos de la federación y de las entidades federativas (incluido el Distrito

¹⁸⁸ De la Garza, Francisco..., *op. cit.*, p.213.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 214.

Federal); también lo es y no debe perderse de vista que dichos entes de igual forma cuentan con una hacienda municipal, la cual se encarga de la administración de sus recursos económicos, así como de instrumentos con los cuales el municipio gestiona y recauda los tributos.

En efecto, si bien los municipios no tienen la facultad de establecer tributos, no debe pensarse que no tienen la potestad de recaudar las contribuciones prescritas por la federación o las entidades federativas a la que pertenecen, incluso cobrar por los servicios que prestan, establecidos previamente por la legislatura estatal, y de los cuales se ve favorecido económicamente.

En este sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los municipios tienen a su cargo las funciones y los servicios siguientes: agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales, alumbrado público, limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos, mercados y centrales de abasto, panteones, rastros, calles, parques, jardines y su equipamiento, seguridad pública. Así como los demás que las Legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los municipios.

3.6.2. El Congreso de la Unión.

La Federación, a través del Congreso General, el cual se compone de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por dos cámaras, una de Diputados y otra de Senadores, tiene la potestad tributaria de para establecer contribuciones sobre:

- a) Contribuciones especiales;
- b) Comercio exterior; y
- c) Las demás contribuciones para cubrir el presupuesto de egresos.

3.6.3. Las legislaturas de los estados y la asamblea legislativa del distrito federal.

Las Entidades Federativas y el Distrito Federal, por medio de las legislaturas y de la asamblea legislativa respectivamente, tienen la potestad tributaria, la cual como se señaló anteriormente comprende las funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales.

Partiendo de lo prescrito en el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las facultades que no están expresamente concedidas por la propia Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados, incluido el Distrito Federal.

Sin embargo, cabe resaltar que el Distrito Federal en el ejercicio de su potestad tributaria, y en general en el desempeño de sus funciones, de igual forma debe observar las restricciones establecidas en el artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las facultades de la capital de la república mexicana son más restrictivas.

Lo anterior se puede advertir claramente en lo prescrito en el artículo 122, inciso A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece lo siguiente:

Artículo 122. Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo.

(...)

A. Corresponde al Congreso de la Unión:

- I. Legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa;
- II. Expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal;
- III. Legislar en materia de deuda pública del Distrito Federal;
- IV. Dictar las disposiciones generales que aseguren el debido, oportuno y eficaz funcionamiento de los Poderes de la Unión; y
- V. Las demás atribuciones que le señala esta Constitución.

Del precepto constitucional antes citado se advierte claramente que además de las restricciones establecidas en todo el texto constitucional, al prescribir la distribución de facultades y competencias de los poderes públicos de la Federación, en el caso del Distrito Federal, el Congreso General, adicionalmente tiene la facultad de expedir su Estatuto de Gobierno, de legislar en materia de deuda pública y dictar las disposiciones generales que aseguren el debido, oportuno y eficaz funcionamiento de los Poderes de la Unión.

3.6.4. La múltiple contribución por uno o varios titulares de la potestad fiscal, en el plano interno e internacional.

Al establecer el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que las facultades que no están expresamente concedidas por la propia Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados, incluido en materia tributaria al Distrito Federal y cuyas facultades exclusivas de la federación para establecer contribuciones sobre: a) Contribuciones especiales, b) De comercio exterior, y c) Las demás contribuciones para cubrir el presupuesto de egresos, son demasiado vagas, surge el supuesto en que el objeto del tributo, es decir, la realidad económica sujeta a imposición, como puede ser la renta obtenida, la circulación de la riqueza, el consumo de bienes o servicios, se grave por múltiples potestades fiscales.

Es por ello que Alfonso Cortina Gutiérrez, citado por el profesor Hugo Carrasco Iriarte, señala que al existir una concurrencia en la potestad tributaria entre la federación y las entidades federativas para establecer contribuciones, “por un lado, el gobierno federal y, por el otro, los estados de la República imponen con sus propios y personales criterios las contribuciones que estimen necesarias”.¹⁹⁰

En virtud de lo anterior, el 27 de diciembre de 1978, en el mandato del presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, José López Portillo, se creó la Ley de Coordinación Fiscal, cuyo objeto de conformidad con su propio artículo primero es coordinar el sistema fiscal de la federación con los de las entidades federativas, municipios y Distrito Federal; establecer la participación que corresponda a sus haciendas públicas en los ingresos federales; distribuir entre ellos dichas participaciones; fijar reglas de colaboración administrativa entre las diversas autoridades fiscales; constituir los organismos en materia de coordinación fiscal y dar las bases de su organización y funcionamiento.

Asimismo, tal precepto prescribe que cuando la ley en comento utilice la expresión “Entidades”, ésta se referirá a los Estados y al Distrito Federal, y que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público Federal, celebrará convenio con las Entidades que soliciten adherirse al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal que dicha ley establece. Sin embargo, el profesor Adolfo Arrijo Vizcaíno sostiene que la coordinación prevista en la ley en comento propicia el centralismo fiscal, en clara oposición al federalismo que rige en nuestro país.

En la actualidad, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en algunos casos, la doble tributación no contraviene lo previsto en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dado que, para poder afirmar que esta doble imposición sobre una

¹⁹⁰ Cfr., Carrasco Iriarte, Hugo..., *op. cit.*, p. 18.

misma actividad deviene inconstitucional, debe demostrarse que la suma de los tributos efectivamente enterados resultan ruinosos y de tal manera gravosos que de hecho agotan la fuente de ingresos al ser desproporcionales e inequitativos, tal y como se advierte en la tesis aislada dictada por la Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, en el mes de Mayo del año de 2007, cuyo rubro y contenido es el siguiente:

"IMPUESTO CEDULAR SOBRE LOS INGRESOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS. EL SOLO HECHO DE QUE RECAIGA UNA DOBLE TRIBUTACIÓN SOBRE UN MISMO OBJETO NO LA TORNA INCONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). Los artículos 1o., fracción I, inciso b), numeral 1 y 4o., inciso b), numeral 1, de la Ley de Ingresos para el Estado de Guanajuato para el ejercicio fiscal 2005, así como los numerales 9o., 13, 14, 16, 17 y 18 de la Ley de Hacienda de dicha entidad federativa, que establecen la obligación a cargo de las personas físicas de pagar impuestos cedulares por los ingresos que obtengan por la prestación de servicios profesionales, por el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles ubicados en territorio del Estado y por la realización de actividades empresariales, no violan el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues si bien es cierto que el referido impuesto cédular se aplica paralelamente al impuesto sobre la renta, que es un gravamen federal que pesa sobre los ingresos de los contribuyentes en los diferentes supuestos que regula la Ley de la materia, y ello implica que, en principio, la repercusión que el impuesto sobre la renta tiene sobre el particular tendría que sumarse al impuesto cédular, también lo es que para poder afirmar que esta doble imposición sobre una misma actividad deviene inconstitucional, debe demostrarse que la suma de los tributos efectivamente enterados resultan ruinosos y de tal manera gravosos que de hecho agotan la fuente de ingresos al ser desproporcionales e inequitativos, lo cual no sucede en la especie, si se toma en cuenta que conforme a las reglas y tarifa para calcular el impuesto sobre la renta, que eventualmente se sumaría al 2% de los ingresos, en concepto de impuesto cédular local, dicha suma no torna al gravamen en un impuesto ruinoso, al margen de que este aspecto, en todo caso, debe demostrarlo la parte quejosa. Lo anterior es congruente con los criterios sostenidos por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señalan que el solo hecho de que la doble tributación recaiga sobre un mismo objeto no la torna inconstitucional. Además, destaca el hecho de que acorde con el artículo 123, fracción VII, de la Ley del Impuesto sobre la Renta (vigente a partir de 2005), el impuesto local cuya

constitucionalidad se cuestiona es deducible frente al impuesto sobre la renta.”

3.6.5. La doble tributación internacional y los tratados en materia tributaria.

En la época contemporánea, surge un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, consistente en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, lo cual ha unificado los mercados, las sociedades y las culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global.

Tal proceso resulta dinámico y emana principalmente de las sociedades que viven bajo el capitalismo democrático o la democracia liberal y que han abierto sus puertas a la revolución informática, tecnológica, comercial, entre otras, impactando a un nivel considerable de liberalización y democratización en su cultura política, en su ordenamiento jurídico y económico nacional, y en sus relaciones internacionales.

Es decir, ha surgido un fenómeno denominado globalización, el cual impacta todos los aspectos sociales de una nación, ya sean tecnológicos, culturales y, por supuesto, el derecho y concretamente la materia fiscal. En razón de que dicho fenómeno incrementa la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse con el objeto de alcanzar una extensión mundial que supera las fronteras de los países.

En este sentido, al existir una dependencia económica entre los países desarrollados y los países en vía de serlo, en razón de que los primeros exportan artículos manufacturados, capitales y tecnología, y los segundos son exportadores de insumos básicos y materias primas, surgen problemas de doble tributación que pueden desalentar el comercio exterior y encarecer los bienes. Razón por la cual puede actualizarse una doble tributación para los contribuyentes que “se presenta

cuando un mismo acto u operación celebrado entre sujetos pertenecientes a distintos países, es gravada con dos o más tributos por las respectivas naciones de origen o residencia de los sujetos”.¹⁹¹

Es decir, una doble imposición que en términos generales puede ser definida como aquella circunstancia o acontecimiento en el que dos o más normas tributarias someten a imposición la realización o descripción de un mismo hecho generador, sea por uno o por varios sujetos activos.

Entonces un contribuyente se ve afectado por dos o más normas jurídicas tributarias al pago de tributos, no obstante que realizó un sólo hecho generador, se encuentra obligado a cumplir dos prestaciones a diversos sujetos activos.

Efectivamente, la doble imposición internacional se caracteriza por dos elementos, a decir “la intervención de dos o más soberanías fiscales, la identidad o similitud de impuestos (lo que necesariamente obliga a comparar los presupuestos de naturaleza jurídica o económica en que se basan dichos impuestos) y la identidad de sujetos gravados”¹⁹². Así como la coincidencia del periodo impositivo y la acumulación de cargas tributarias.

Ahora bien, es oportuno destacar que con las definiciones anteriormente expuestas se describe la doble tributación internacional jurídica, en oposición a la económica, la cual se produce cuando un mismo beneficio se grava en dos o más países a nombre de sujetos distintos. Es decir, existen una doble tributación internacional económica y una jurídica, cuya distinción estriba en los siguientes aspectos:

a) La doble imposición internacional jurídica ocurre cuando a una persona se le grava la misma capacidad económica por más de un Estado; y

¹⁹¹ Arrija Vizcaíno, Adolfo, *Derecho fiscal*, 20ª edición, México, Editorial Themis, 2009, p. 319.

¹⁹² Del Arco Ruete, Luis, *Doble Imposición Internacional y Derecho Tributario Español*, Madrid, Ministerio de Hacienda, 1977, p. 47.

b) La doble imposición internacional económica ocurre cuando una misma capacidad objeto de gravamen grava a personas diferentes por más de un Estado.¹⁹³

La doble tributación jurídica se actualiza cuando previamente una ley prescribe el hecho generador, cuya realización por el contribuyente genera la obligación del pago del tributo; sin embargo, el mismo sujeto se encuentra ante la existencia dos leyes impositivas que lo obligan al pago de dos tributos idénticos, en su objeto, sujeto y causa, cuyo deber de la persona estriba en el pago a dos sujetos activos en un mismo periodo.

A su vez, en la denominada doble imposición económica como en el caso de la doble imposición jurídica se requiere la existencia de dos leyes que incurran sobre un mismo bien, pero a diferencia de aquella no recae sobre el mismo sujeto, sino sobre varios. Con la doble imposición económica se pretende diferenciar la capacidad contributiva de los sujetos, pilar básico de la tributación, en aquellos supuestos en los que se deben abonar tributos derivados de una sola fuente, pero que benefician a personas distintas.

Sin embargo, en el presente trabajo debemos limitar el estudio sobre la doble imposición internacional jurídica, por ser la regulada en los tratados para evitar la doble tributación. Así podemos concluir que el fenómeno de doble tributación jurídica, siguiendo las ideas de Hugo B. Margain, ocurre cuando se actualizan los siguientes supuestos:

- a) Incidencia de dos o más soberanías;
- b) Identidad o similitud de impuestos;
- c) Identidad de sujetos gravados;

¹⁹³ Roy, Rohatgi, *Principios Básicos de Tributación Internacional*, Traducción Juan Manuel Idrovo, Bogotá, 1ª edición en español, México, Editorial Legis, 2008, p. 29.

- d) Identidad de periodo impositivo; y
- e) Acumulación de la carga tributaria.¹⁹⁴

Por tanto, se advierte claramente que el problema de doble tributación internacional jurídica surge con motivo de la potestad tributaria de los países para imponer a su satisfacción los tributos a los sujetos pasivos que se encuentran bajo su jurisdicción, y aparecen como causa inmediata la múltiple imposición internacional y los diversos criterios de imposición que aplican los diversos países. Es decir, al existir tantos sistemas fiscales, como países hay en el mundo, y los cuales al no contemplar dentro de su legislación interna principios sobre limitación de su potestad tributaria, se crea para el contribuyente una concurrencia de impuestos por un mismo hecho generador.

En efecto, si bien la doble tributación internacional tiene como características esenciales la incidencia de dos o más potestades fiscales, por similares o idénticos impuestos que coinciden en el mismo sujeto y periodo impositivo, y cuya consecuencia jurídica acarrea la acumulación de la carga tributaria, es preciso señalar que tales incidencias que generan la doble imposición internacional surgen de los conflictos en cuanto a la jurisdicción fiscal de los Estados en donde se generan los ingresos, siendo los mismos los siguientes:

Conflicto de origen: Dos o más Estados tienen la potestad tributaria de gravar a determinado sujeto pasivo, en virtud de que el origen del ingreso, utilidad o rendimiento emana de su jurisdicción.

Conflicto de residencia: Dos o más Estados tienen la potestad tributaria de gravar a determinado sujeto pasivo, en razón de que dicho sujeto reside en el espacio geográfico estatal. El problema se agudiza cuando un contribuyente conforme a las normas jurídicas internas es residente en ambos Estados.

¹⁹⁴ Cfr., Arrijo Vizcaíno, Adolfo..., *op. cit.*, p.319.

Conflicto de residencia y origen: Un Estado argumenta que tiene la potestad tributaria sobre los ingresos, utilidades o rendimientos de determinado sujeto pasivo originados en el extranjero, toda vez que dicho sujeto es residente en ese Estado. A su vez, el otro Estado afirma que tiene el derecho de gravar los mismos ingresos, utilidades o rendimientos, dado que se originaron dentro de su jurisdicción.

Asimismo, “la doble tributación internacional también puede ocurrir debido a las diferencias en la forma en que los Estados definen a los ingresos, la oportunidad de obtener éstos y las reglas de contabilidad fiscal que adopten”.¹⁹⁵

3.6.6. Los tratados en materia tributaria.

En virtud de la existencia del problema de doble tributación internacional jurídica que restringe la actividad y la acción de los sujetos fiscales, los Estados se ven obligados a modificar sus políticas fiscales, con miras hacia el ámbito internacional, y ya no simplemente a planear de forma aislada en su interior, sino por el contrario deben buscar las mejores condiciones para sus habitantes. Lo anterior es así, con el objeto de alentar el comercio exterior y disminuir el costo de los bienes en los mercados, para que la economía de un país respire y se desarrolle.

En otras palabras, se puede decir que sí las cargas fiscales producto de la doble tributación aumentan, las mismas pueden repercutir de manera importante en el desarrollo de la inversión y del comercio internacional, así como la economía de una nación. Por lo cual, surge la necesidad de atenuar el efecto que produce la doble tributación con el objeto de lograr la equidad y proporcionalidad en el ámbito

¹⁹⁵ Bettinger B. Herbert y Bettinger G. Herbert, *Estudio Práctico sobre Los Convenios Impositivos para Evitar la Doble Tributación*, Tomo I, 14^o edición, México, Ediciones fiscales ISEF, 2007, p. 128.

de la globalización impositiva, con el fin de conseguir una política fiscal que aliente la inversión tanto nacional como extranjera, pero siempre observando la justicia impositiva.

En este sentido, si bien es cierto que para lograr una política fiscal adecuada en el plano internacional los Estados tienen que sacrificar su potestad tributaria, y por lo tanto su recaudación, ello es indispensable en la economía de un país, a cambio de permitir el flujo de mercancías en los mercados nacional e internacionales, con el objeto de evitar desalentar el comercio exterior y encarecer los bienes y servicios, y en general para impedir que se restrinja la actividad y la operación de los sujetos fiscales.

En virtud de lo descrito en los párrafos que anteceden, los Estados implementan medidas para eliminar o atenuar la doble imposición internacional, las cuales son:

a) Medidas bilaterales. Los Estados celebran convenios internacionales para evitar la doble imposición internacional.

b) Medidas unilaterales. Los Estados renuncian a la tributación, por medio de su legislación interna.

Ambas medidas tienen como objeto evitar la doble imposición internacional y pueden aplicarse en forma a posteriori, una vez que se ha identificado el problema de doble tributación, o bien a priori, para impedir que se produzca la misma

Sin embargo, tan solo limitaremos el estudio sobre las medidas bilaterales, en este orden de ideas, los convenios para evitar la doble imposición internacional constituyen “acuerdos internacionales entre Estados, de carácter bilateral o multilateral, que tienen como objeto garantizar a los contribuyentes la eliminación

de la doble imposición internacional, mediante la renuncia a un ámbito de soberanía fiscal por parte de las partes signatarias”.¹⁹⁶

Asimismo, Herbett Bettinger Barrios en colaboración con su hijo Herbett Bettinger Barrios García Cornejo consideran que “los tratados tributarios son el conducto para que a través de un acuerdo de voluntades entre los Estados Contratantes se celebren los Convenios para evitar la doble tributación.”¹⁹⁷

De tal forma, al partir de la idea general sobre la naturaleza de los tratados podemos concluir que los mismos constituyen actos jurídicos regulados por el Derecho Internacional que entrañan el acuerdo de voluntades entre dos o más Estados, que buscan lograr la equidad y proporcionalidad en el ámbito de la globalización impositiva, con el fin de conseguir una política fiscal que aliente la inversión tanto nacional como extranjera, así como evitar restringir la actividad y la operación de los sujetos fiscales, pero siempre observando la justicia impositiva.

Para lograr la equidad y proporcionalidad en el ámbito de la globalización impositiva, y asegurar una política fiscal que aliente la inversión tanto nacional como extranjera, los Estados en los tratados tributarios se ven obligados a hacer lo siguiente:

a) Renunciar a gravar determinados ingresos de sus residentes, en virtud de que los mismos tienen un origen en el extranjero.

b) Prescribir en su derecho interno los diversos métodos para evitar la doble imposición internacional (deducción, exención, crédito) acordados en los convenios tributarios.

¹⁹⁶ Montoya López, María del Prado, *Los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional, estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, Madrid, Centro de Estudios Fiscales, Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, p. 39.

¹⁹⁷ Bettinger B. Herbert y Bettinger G. Herbert..., *op. cit.*, p.83.

c) Imponer determinados ingresos, pero con una cantidad máxima que responda a una justicia impositiva.

De ahí que por un parte esta clase de pactos internacionales preferentemente se deben suscribir “entre países cuyas mutuas balanzas comerciales se encuentren en una situación de equilibrio que permitan el sacrificio económico en el que inevitablemente se incurre, resulte proporcional y equitativo en cada caso”.¹⁹⁸

Respecto a la naturaleza de los tratados, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, mediante la tesis aislada I.9o.A.74 A, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y en su Gaceta XVIII, en el mes de septiembre del año 2003, página 1372, sostuvo que las cargas tributarias que emanan de las legislaciones fiscales de cada país constituyen la fuente de las obligaciones fiscales y que los convenios para evitar la doble imposición internacional es el origen de los beneficios, cuando se satisfacen los requisitos en ellos previstos, tal y como se advierte a continuación:

DOBLE TRIBUTACIÓN. LAS CARGAS FISCALES DERIVAN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES Y NO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CELEBRADOS PARA EVITARLA. La doble imposición fiscal se concibe en el ámbito internacional como un problema que desalienta el desarrollo en el intercambio de bienes y servicios entre los países. Por tanto, se colige que las cargas tributarias emanan de las legislaciones fiscales de cada país y para evitar que dichas cargas se generen para el mismo contribuyente, por igual hecho imponible y similar periodo, es que los países celebran los convenios internacionales para evitar la doble imposición, de manera que las primeras constituyen la fuente de las obligaciones fiscales y, los segundos, el origen de beneficios cuando se satisfacen los requisitos en ellos previstos.

¹⁹⁸Arrijo Vizcaíno, Adolfo..., *op. cit.*, p.325.

3.7. Principio de proporcionalidad en materia tributaria.

Afirma Adolfo Arrijo Vizcaíno que el principio de proporcionalidad significa que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de sus respectivas capacidades económicas, apartando a la Hacienda pública un parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades, o rendimientos, pero nunca una cantidad tal que su contribución represente prácticamente el total de los ingresos netos que hayan percibido, pues en este último caso se estaría utilizando a los tributos como un medio para que el Estado confisque los bienes de sus ciudadanos.

De tal forma que “el principio de proporcionalidad aparece estrechamente vinculado con la capacidad económica de los contribuyentes, la que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas para que en cada caso el impacto patrimonial sea distinto no solo en cantidad, sino en el tocante al mayor o menor sacrificio, reflejando cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, la que debe corresponder a su vez a los ingresos obtenidos.”¹⁹⁹

Por su parte, la Suprema Corte de justicia de la nación ha sostenido que el principio de proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir al gasto público en función de su respectiva capacidad contributiva, aportando una parte adecuada de sus ingresos, utilidades, rendimientos, o la manifestación de riqueza gravada, esto es, para que un gravamen sea proporcional, debe existir congruencia entre el impuesto creado por el Estado y la capacidad contributiva de los causantes, en la medida en que debe pagar más quien tenga una mayor capacidad contributiva y menos el que la tenga en menor proporción, tal y como se advierte en la tesis aislada dictada por la primera Sala de dicho órgano jurisdiccional, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta en el mes de abril del año 2014, cuyo rubro señala:

¹⁹⁹ Arrijo Vizcaíno, Adolfo..., *op. cit.*, p. 267.

“DETERMINACIÓN PRESUNTIVA DE CONTRIBUCIONES. SU ANÁLISIS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA.”

3.8. Principio de equidad en materia tributaria.

Sostiene Adolfo Arrijo Vizcaíno que la equidad está constituida en esencia por la igualdad, por lo tanto para el debido acatamiento de tal principio, “las leyes tributarias deben otorgar el mismo tratamiento a todos los sujetos pasivos que se encuentren colocados en idéntica situación sin llevar a cabo las discriminaciones indebidas y, por ende, contrarias a toda noción de justicia.”²⁰⁰

Es decir, la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo; lo que, en tales condiciones, “deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazo de pago, etc.; debiendo variar únicamente las tarifas tributarias aplicadas de acuerdo a la capacidad económica de cada contribuyente. En esencia la equidad atiende a la igualdad en la regulación de todos los elementos integrantes del tributo o contribución, con excepción de las tasas, cuotas o tarifas.”²⁰¹

Al respecto el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, trabajando en pleno sostuvo en la Jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo III, del mes de Marzo del año 1996, bajo el rubro y texto que se citan, lo siguiente:

“ACTIVO, IMPUESTO AL. LA EXENCION A LAS EMPRESAS QUE COMPONEN EL SISTEMA FINANCIERO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. El artículo 6o., fracción I de la Ley del Impuesto al Activo, vigente en su origen (actual fracción II) al establecer que exenta del pago del tributo a las empresas que componen el sistema financiero, transgrede el principio de equidad tributaria, consagrado en el artículo 31, fracción IV constitucional, en virtud de que teniendo estas empresas activos destinados a

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 269.

²⁰¹ *Ídem*.

actividades empresariales, y no presentarse respecto de ellas ninguna situación de beneficio o justificación social que pudiera fundar un trato privilegiado de exención, no existe razón alguna por la que respecto de ellas no se establezca que al ser sujetos del tributo deban pagar el impuesto al activo, el cual podrán acreditar al impuesto sobre la renta efectivamente pagado, sin que pueda argüirse como justificación de tal exención la dificultad para medir con exactitud el activo neto afecto a sus actividades empresariales por el hecho de operar con ahorro captado del público y con depósitos efectuados por el mismo, como se señala en la exposición de motivos de la Ley, pues tal circunstancia, en todo caso, podría dar lugar a prever una forma especial de determinación de la base del tributo, pero de ningún modo justifica su exención, máxime que tales empresas son contribuyentes del impuesto sobre la renta, de manera tal que si pueden determinar sus utilidades para efectos de este impuesto, no existe razón alguna para presumir que en el impuesto al activo, esencialmente vinculado a aquél, no puedan hacer la determinación relativa. Tampoco puede admitirse como justificación de la exención que estén sujetas a un estricto control financiero, pues además de que ello no puede llevar a considerar innecesario el control que como "objetivo fiscal no contributivo", persigue el impuesto al activo, bajo este contexto se podría afirmar que todos los contribuyentes no sólo están sujetos a control fiscal y a diversos tipos de control administrativo, de acuerdo con la naturaleza específica de cada empresa, sino que el legislador siempre está en posibilidad de establecer nuevos sistemas de control dentro del marco constitucional, por lo que ello no puede considerarse una situación que diferencie esencialmente, para efectos fiscales contributivos, a las empresas que integran el sector financiero, de los demás sujetos pasivos del impuesto, lo que obliga concluir que la exención de mérito introduce dentro del sistema del tributo un trato desigual a iguales, lo que resulta violatorio del artículo 31, fracción IV de la Constitución, en cuanto previene como un requisito esencial de las contribuciones que sean equitativas."

De la jurisprudencia antes citada, se advierte que al estar exentas del pago del tributo a las empresas que componen el sistema financiero, la extinta ley del impuesto al activo, transgredía el principio de equidad tributaria, previsto en el artículo 31, fracción IV de la Constitución, en virtud de que teniendo estas empresas activos destinados a actividades empresariales, y no presentarse respecto de ellas ninguna situación de beneficio o justificación social que pudiera

fundar un trato privilegiado de exención, no existe razón alguna por la que de ellas no se establezca que al ser sujetos del tributo deban pagar el impuesto al activo.

Por lo cual el máximo órgano jurisdiccional sostuvo que el principio constitucional de equidad se transgrede cuando una ley impositiva sujeta a los contribuyentes en la misma situación a tratamientos diferentes, generando así casos de desigualdad y de discriminación, en virtud de ello, el Doctor Adolfo Arrijo Vizcaíno sostiene que las trascendentales diferencias entre los principios de proporcionalidad y equidad son:²⁰²

A) El principio de proporcionalidad atiende a la capacidad económica de los contribuyentes y a la correcta distribución de las cargas fiscales entre las fuentes de riqueza existentes en una nación. Mientras que el de la equidad se refiere específicamente al problema de la igualdad de los causantes ante la ley;

B) El principio de proporcionalidad está vinculado con la economía en general del país, en cambio el de la equidad se relaciona con la posición concreta del contribuyente a la ley fiscal.

C) La proporcionalidad atiende fundamentalmente a las tasas, cuotas o tarifas tributarias. Mientras que el principio de equidad se ocupa de los demás elementos del tributo, con exclusión precisamente de las cuotas tasa o tarifas.

D) El principio de proporcionalidad debe inspirarse en criterio de progresividad, el de la equidad se basa siempre en una noción general de igualdad.

E) La proporcionalidad persigue la implementación de la justicia en todo el sistema tributario; mientras la equidad es, por excelencia la aplicación de la justicia a casos concretos.

²⁰² *Ibidem*, pp. 275 y 276.

F) La proporcionalidad busca la desigualdad, a fin de afectar económicamente en mayor medida a las personas de mayores ingresos que a las de medianos y reducidos recursos; por su parte, el principio de equidad implica tratar igual a los iguales y en forma desigual a los colocados en situación de desigualdad.

G) La proporcionalidad existe en función de la percepción de ingresos, utilidades o rendimientos y en función de la existencia de fuentes de riqueza gravables; por el contrario, el principio de equidad exclusivamente trata de que se encuentren obligados a determinada situación los que se hallan dentro de lo establecido por la ley y de que no se encuentren en esa misma obligación los que están en situación jurídica diferente.

H) El principio de proporcionalidad regula la capacidad contributiva de los ciudadanos, el de equidad atiende preferentemente a las hipótesis normativas de nacimiento y plazo para el pago de las contribuciones.

I) El principio de proporcionalidad se vincula directamente con el entero de las contribuciones necesarias para sufragar los gastos públicos, el de la equidad se relaciona con la regulación justa y adecuada del procedimiento recaudatorio en sí.

J) La más importante de las distinciones es que el principio de proporcionalidad opera en atención a la capacidad contributiva de cada contribuyente, lo que motiva a que los que tienen mayores bienes económicos paguen mayores tributos; en cambio la equidad sólo opera con respecto a las personas que al ser sujetos de un mismo tributo, deben tener igual situación frente a la ley que lo establece, en todas las facetas de su regulación con excepción de la relativas a sus respectivas capacidades económicas.

3.9. Equidad y proporcionalidad como un mismo principio.

Por otra parte en el ámbito académico, profesores con argumento de autoridad en la materia fiscal como lo son Ernesto Flores Zavala, Servando J. Garza y Sergio F. de la Garza,²⁰³ han sostenido que si bien es cierto que la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece una disyuntiva derivada de la letra “y”, cuando afirma que las contribuciones deben ser proporcionales y equitativas; no debe perderse de vista que se trata tan solo de un mismo principio constitucional, el cual remite al principio de igualdad.

3.10. Improcedencia del amparo en materia tributaria por su posición en el orden constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su quinta época, al pronunciarse sobre los medios de defensa en materia tributaria, por citar sólo algunos ejemplos, sostuvo:

“Época: Quinta Época
Registro: 317704
Instancia: Segunda Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo CXX
Materia(s): Administrativa
Tesis:
Página: 650

PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS IMPUESTOS. Sin menoscabo de la facultad netamente judicial de la Suprema Corte para examinar y resolver sobre la proporcionalidad y equidad de los impuestos, por ningún concepto le corresponde invadir el campo estrictamente legislativo reservado al poder de esta denominación, en cuanto a decidir el carácter, tipo y calidades de las cargas fiscales que son convenientes, así como las ramas, industrias o actividades sobre las que deben recaer, pues debe estimarse que el reparto de dicha

²⁰³ *Ibidem*, p. 265.

carga tributaria entre todos los sectores de la Nación, ya sea tomando en cuenta las actividades que desarrollan como los ingresos que obtienen, es exclusivo del Poder Legislativo.”

”Época: Quinta Época
Registro: 335168
Instancia: Segunda Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo XLV
Materia(s): Administrativa
Tesis:
Página: 6119

IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. Todo mexicano está obligado, según la fracción IV del artículo 31 constitucional, a contribuir para los gastos públicos, tanto del Municipio, como del Estado y de la Federación; y cada uno de éstos puede, soberanamente, crear la tributación que le sea indispensable para su sostenimiento, sin que tenga que sujetarse a la tasa de interés legal fijado para las convenciones entre particulares, sino solamente a la equidad y proporcionalidad, ya que el Estado, al imponer una tributación, lo hace en ejercicio de su soberanía y no en virtud de pactos contractuales, y si las autoridades no satisfacen cumplidamente su cometido y no prestan, eficientemente, los servicios públicos que deben llenar, el remedio no está en el juicio de garantías, ni atañe a la proporcionalidad o justicia del tributo.

”Época: Quinta Época
Registro: 334848
Instancia: Segunda Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo XLVI
Materia(s): Administrativa
Tesis:
Página: 744

IMPUESTOS, REQUISITOS DE LOS. La impugnación referente a que la Ley sobre Fondos Petroleros, es contraria a lo dispuesto por el artículo 31, fracción IV, constitucional, por carecer del requisito de proporcionalidad y equidad exigida por dicha disposición, debe desecharse, con fundamento en la jurisprudencia de la Suprema Corte, que aparece en el Tomo XXXIII, página 3684, tesis 410, que

textualmente dice: "los requisitos relativos a la proporcionalidad y equidad de los impuestos, deben ser calificados por las respectivas legislaturas, o por la autoridad que los acuerde, quienes deben estimar todos los factores económicos y sociales que sean de tomarse en cuenta, para ajustar esos procedimientos a la Constitución Federal."

“Época: Quinta Época
Registro: 324099
Instancia: Segunda Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo LXXIX
Materia(s): Administrativa
Tesis:
Página: 6013

IMPUESTOS PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS, LA SUPREMA CORTE, NO TIENE FACULTAD PARA CALIFICARLOS. Es verdad que la jurisprudencia que dice: "Contribuciones de los Estados. Las que los Estados decreten, para el pueblo de su territorio y que se consideren antieconómicas, exorbitantes y ruinosas, no pueden ser remediadas por medio del amparo, sino por el pueblo mismo, mediante el sufragio electoral, para llevar a las legislaturas respectivas, ciudadanos ecuánimes y patriotas que cuiden de los intereses generales, procurando la convivencia normal, francamente garantizada y progresiva, de la comunidad"; ha sido contrariada a partir de la ejecutoria pronunciada en el amparo promovido por Aurelio Maldonado, publicada en la página 1013 del Tomo XVII, de la Quinta Epoca del Semanario Judicial; pero también lo es que no ha prevalecido ese criterio, pues en los tocos 7375-41- 1a., Oralia Guerrero viuda de Villarreal; 5757-43-1a. Rodolfo Teutle Tello, y 5607-143. Jorge Ahumada, se ha resuelto: "Proporcionalidad y equidad del Impuesto. La Suprema Corte de Justicia no tiene facultad para calificar la proporcionalidad y equidad del impuesto, en virtud de que, en razón misma de sus funciones, no puede hacer una apreciación que constitucionalmente corresponde hacer al Poder Legislativo, que para ello cuenta con elementos de distinta naturaleza de los que dispone la Justicia Federal."

De los criterios vertidos por la Suprema Corte en su quinta época, se advierte claramente que de acuerdo a su interpretación de la fracción IV del artículo 31 constitucional, que la alegación a la violación de los principios de proporcionalidad y equidad para su estudio de constitucionalidad debían ser desechados, toda vez que, es facultad exclusiva de las respectivas legislaturas, o

por la autoridad que los acuerde, estimar todos los factores económicos y sociales que sean de tomarse en cuenta, para ajustar esos procedimientos a la Constitución Federal.

En efecto, el criterio preponderante consistía en que el máximo órgano jurisdiccional del país, no tiene facultad para calificar la proporcionalidad y equidad del impuesto, en virtud de que no podía hacer una apreciación que constitucionalmente corresponde hacer al Poder Legislativo, que para ello cuenta con elementos de distinta naturaleza de los que dispone la Justicia Federal.

Máxime que según estos criterios, las contribuciones decretadas por los Estados para el pueblo de su territorio y que se consideren antieconómicas, exorbitantes y ruinosas, no pueden ser remediadas por medio del amparo, sino por el pueblo mismo, mediante el sufragio electoral, para llevar a las legislaturas respectivas, ciudadanos ecuanímenes y patriotas que cuiden de los intereses generales, procurando la convivencia normal, francamente garantizada y progresiva de la comunidad.

3.11.- Procedente el amparo en materia tributaria al constituir una garantía constitucional.

En la propia quinta época y la siguiente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo los criterios que a continuación se transcriben:

“Época: Sexta Época

Registro: 801136

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen XCIII, Primera Parte

Materia(s): Administrativa

Tesis:

Página: 36

IMPUESTO, EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LOS. No es cierto que el Poder Judicial Federal carece de facultades para estudiar el problema de la proporcionalidad y equidad en los

impuestos, a no ser que los mismos sean exorbitantes o ruinosos, ya que este tribunal en Pleno ha sostenido al respecto la tesis de que el Poder Judicial Federal está capacitado para revisar, a través del juicio de amparo, los decretos o actos del Poder Legislativo en materia impositiva, y las condiciones relativas a que el impuesto sea exorbitante o ruinoso o de que el Poder Legislativo se haya excedido en sus facultades constitucionales, se refieren al problema de fondo, es decir, a si debe o no concederse el amparo contra la respectiva ley tributaria, pero no constituyen un tema de procedencia o improcedencia del juicio de garantías.”

“Época: Quinta Época

Registro: 810759

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo XVII

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Tesis:

Página: 1014

IMPUESTOS. Aunque la jurisprudencia sentada por la Corte, en ejecutorias anteriores, fue que la proporcionalidad y equidad del impuesto, no puede remediarse por medio del juicio de amparo, es conveniente modificar esa jurisprudencia, estableciendo que sí está capacitado el Poder Judicial Federal, para revisar los decretos o actos del Poder Legislativo, en cada caso especial, cuando a los ojos del Poder Judicial aparezca que el impuesto es exorbitante y ruinoso o que el Poder Legislativo se ha excedido en sus facultades constitucionales. Esa facultad de la Suprema Corte proviene de la obligación que tiene de examinar la queja, cuando se ha reclamado una violación de garantías la falta de proporción o de equidad en un impuesto; y si bien el artículo 31 de la Constitución que establece esos requisitos de proporcionalidad y equidad en el impuesto, como derecho de todo contribuyente, no está en el capítulo relativo a las garantías individuales, la lesión de aquel derecho, es una violación de esas garantías; de suerte que si la Suprema Corte ante una demanda de amparo contra una ley, que establezca un impuesto notoriamente exorbitante y ruinoso, negara la protección federal, diciendo que el poder judicial no es el capacitado para remediar tal violación, y dijera que ese remedio se encuentra en el sufragio popular, haría nugatoria la prescripción de la fracción I del artículo 103 constitucional, que establece el amparo contra las leyes que violen las garantías individuales, y la misma razón podría invocarse para negar los amparos en todos los casos en que se reclamara contra las leyes.”

Particularmente este último criterio resulta sumamente revelador y extremadamente positivista, al aducir que “si bien el artículo 31 de la Constitución que establece esos requisitos de proporcionalidad y equidad en el impuesto, como derecho de todo contribuyente, no está en el capítulo relativo a las garantías individuales, la lesión de aquel derecho, es una violación de esas garantías.” En otras palabras para tener la característica de garantía, o mejor dicho principio del derecho, las disposiciones que lo prescriben deben encontrarse en la parte dogmática de la constitución.

Afortunadamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, advirtió que era extremadamente formal y positivista ese argumento, y decidió modificar sus criterios interpretativos, estableciendo que sí está capacitado el Poder Judicial Federal, para revisar los decretos o actos del Poder Legislativo, en cada caso especial, cuando a los ojos del Poder Judicial aparezca que el impuesto es exorbitante y ruinoso o que el Poder Legislativo se ha excedido en sus facultades constitucionales. Obviamente, hoy en día resulta una práctica común que el Poder Judicial conozca el amparo directo o indirecto en materia tributaria.

En virtud de lo detallado en el presente capítulo, y adelantándome un poco a las conclusiones finales se advierte claramente que, el intérprete al crear normas jurídicas a partir de disposiciones jurídicas, es libre para hacer las conexiones entre las normas y los fines a cuya realización sirven, ya que el ordenamiento jurídico establece la realización de fines, la preservación de valores y el mantenimiento o búsqueda de determinados bienes jurídicos esenciales para la realización de fines y la preservación de los valores.

Justamente por ello la actividad de interpretación traduce mejor una actividad de reconstrucción, por virtud del cual el intérprete debe dilucidar las disposiciones constitucionales para explicitar sus versiones de significado de acuerdo con los fines y los valores entrematados en el lenguaje constitucional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Sí las normas no son textos ni el conjunto de ellos, entonces debemos concluir que son el sentido construido a partir de la interpretación sistemática de textos normativos; toda vez que las disposiciones constituyen el objeto de la interpretación; y las normas, su resultado.

Entonces, no existe correspondencia entre norma y disposición, en el sentido de que siempre que haya una disposición habrá una norma, o siempre que haya una norma deberá haber una disposición que le sirva de soporte, ello en virtud de que el orden jurídico tiene la peculiaridad de incluir normas que disponen que sujetos, en qué circunstancias, con que procedimientos, crear nuevas normas.

SEGUNDA.- El establecimiento de las normas dependerá de la valoración final que se haga en la interpretación, empero, no debe pensarse que no existe un significado previo, toda vez que sostener que el significado del lenguaje depende de su uso, no es lo mismo que sostener que solo surge con el uso específico e individual. Es por eso que hay rasgos de significado mínimos incorporados al uso ordinario o técnico del lenguaje, es decir, hay sentidos que preexisten al proceso particular de interpretación, en la medida que derivan de estereotipos de contenidos ya existentes en la comunicación lingüística en general.

TERCERA.- La característica dinámica del orden jurídico, se advierte precisamente desde Roma oriental, cuando debía compatibiliza los dogmas cristianos y las costumbres del Oriente helénico. Detrás de esta compilación se encuentra una tesis fundamental: defender el credo ortodoxo, proscribiendo todas las demás religiones. Justamente con el corpus Justiniano los juristas bizantinos, regularon todos los asuntos públicos así como los particulares, por lo cual no era una repetición mecánica y fiel del viejo derecho romano, por el contrario los juristas bizantinos lo habían abreviado y no pocas veces alterado para conciliar

esta ideología subyacente con los mandamientos cristianos y costumbres helénicas.

CUARTA- La idea de omnicomprensivo del dogma cristiano, diseminado por la *vulgata*, explica la textura abierta así denominada por Hart, ello para acomodar la gran cantidad de ordenes sociales, el derecho tenía que ser altamente flexible, para asimilar usos y costumbres no cristianos, el derecho creado por la Biblia con ayuda de la jurisprudencia romana, era un derecho ajustable. Así la instrumentación de estos principios bíblicos y máximas jurídicas sufrieron ajustes y acomodaciones, según las exigencias de la vida social contemporánea.

QUINTA.- La filosofía de la modernidad producto del Eurocentrismo sostuvo al derecho como un sistema, lo cual trajo aparejada como idea principal que el derecho contenía una respuesta correcta para todos los casos que se presentaran, ello en virtud de que se pensó en un sistema racional cerrado que excluye, tanto las lagunas normativas como las necesidades de una actuación valorativa de los operadores, y más concretamente del juez.

Ello en virtud, de las teorías descritas por el iusnaturalismo racionalista y el primer positivismo, su heredero que traslada al sistema desde el derecho natural al positivo, con el constitucionalismo y la codificación. Es el momento fuerte del principio del legislador racional y de la contemplación del juez como la boca muda que pronuncia las palabras de la ley.

SEXTA.- Después de la Segunda Guerra mundial se dio la reivindicación de la filosofía práctica, funcionamiento del orden jurídico que de igual forma ya era efectuado por los juristas romanos (imperio de oriente) influenciados por la ideología helenística.

SÉPTIMA.- La jurisprudencia es una herramienta hermenéutica, una disciplina para interpretar los textos jurídicos. Así al querer dar lectura jurídica de un precepto del derecho no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del aparato hermenéutico. En efecto el intérprete al crear normas jurídicas a partir de disposiciones jurídicas, es libre para hacer las conexiones entre las normas y los fines a cuya realización sirven, ya que el ordenamiento jurídico establece la realización de fines, la preservación de valores y el mantenimiento o búsqueda de determinados bienes jurídicos esenciales.

OCTAVA.- Interpretar proviene del latín interpretatio, a su vez del verbo interpretor que significa, servir de intermediario o venir en ayuda de. El verbo interpretor deriva de interpretes, que significa agentes intermediarios.

Así, el intérprete comunica a los demás generalmente el lenguaje común, el significado que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos. Es por ello que interpretar (producto), consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, formulas o acontecimientos (objeto de significado), es decir, “un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos, formulas o palabras. Este acto de significación es siempre expresado en lenguaje.

NOVENA.- Se debe reconocer que el intérprete construye las normas a partir de las disposiciones y de su significado usual, es decir, esta calificación normativa depende de conexiones axiológicas que no están incorporadas al texto, ni pertenecen a él, sino que, antes bien, las construye el propio agente intermediario.

DÉCIMA.- La distinción entre principio y reglas deja de constituirse en una distinción con valor empírico, sustentado por el propio objeto de la interpretación, bien con valor conclusivo, que no permite anticipar por completo la significación normativa y su modo de obtención. En vez de ello, se transforma en una distinción

que favorece el valor heurístico, en la medida en que funciona como modelo o hipótesis provisional de trabajo para una posterior reconstrucción de contenidos normativos.

DÉCIMA PRIMERA.- Los reduccionismos epistemológicos se enfrentan con los principios jurídicos como núcleo de validez, razón por la cual, la preocupación obsesiva por un saber científico, objetivo y exacto se fractura reivindicándose protagonismo a la filosofía jurídica y al saber prudencial, concreto y circunstanciado.

DÉCIMA SEGUNDA.- Al analizar como ejemplo de la tesis que aquí se propone, es decir, la fracción IV, del artículo 31 Constitucional, se advierte nítidamente la coexistencia de las especies normativas en razón de una misma disposición. Ello en virtud de que un mismo enunciado normativo puede funcionar como punto de referencia para la construcción de principios, reglas y/o postulados.

En efecto, una disposición puede ser punto de partida para construir principios, reglas y/o postulados, siempre que se analice el comportamiento previsto desde distintas perspectivas, dado que, los enunciados normativos tienen un carácter pluridimensional que dependerá en todo caso el valor del intérprete y aplicador.

BIBLIOGRAFÍA.

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, E, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Traducción Manuel Atienza, Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, México, Fontamara, 2002.

-----*El Concepto y Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

-----*Teoría de los Derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Aragón Reyes, Manuel y otros, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2001.

-----*Constitución y Control del Poder*. Bogotá. Universidad del Externado de Colombia. 1999.

Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 16^a edición, Editorial México, Porrúa, 2006.

-----*Primer Curso de Derecho Internacional Público*. 7^a edición, México, D.F., Editorial Porrúa. 2009.

Arriola Vizcaíno, Adolfo, *Derecho Fiscal*, 20^a edición, México, D.F., Editorial Themis, 2009.

Ávila, Humberto, *Teoría de los Principios*, Traducción de Laura Criado Sánchez, 10^o edición, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Berman, Harold J, *Law and Revolution*, “The Formation of the Western Legal Tradition”, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1983.

Bettinger B. Herbert., y Bettinger G. Herbert, *Estudio Práctico sobre los Convenios Impositivos para Evitar la Doble Tributación*, Tomo I, 14ª edición, México, D.F. Ediciones Fiscales, ISEF, 2007.

Bobbio, Norberto, *Diritti e Logica*. 2º edición, Traducción de Alejandro Rossi, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.

Bonnecase, Julián, *La Escuela de la Exégesis*, Puebla, México, Cajica, 1944.

Bonner, R. J y Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, Chicago University Press, Chicago, 1930-1938.

Braithwaite, R, *La Explicación Científica (Scientific Explanation)*, Madrid, Técnos, 1995.

Burgoa O. Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 41ª edición, México, D.F., Editorial Porrúa. 2005.

Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional*, México, UNAM, 1987.

Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales*, México, D.F., Editorial Porrúa, 2005.

Carrasco Iriarte, Hugo, *Derecho Fiscal I*, 6ª edición, México, D.F., Iure editores, 2007.

Coicaud Jean, Marc, *Legitimidad y Política, Contribuciones al Estudio del Derecho y la Responsabilidad Política*, Traducción de Arturo Firpo Rosario: Homo sapiens. 2000.

Covián Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, 3ª edición, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C, 2004.

-----, *El Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado*, 1ª reimpresión, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C, 2004.

Dampier, W.C., *A History of Science and its Relation with Philosophy and Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 1971.

Del Arco Ruete, Luis, *Doble Imposición Internacional y Derecho Tributario Español*, Madrid, Ministerio de Hacienda, 1977.

Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Trad. Marta Guastavino, Ariel Derecho, España, 2002.

Dussel, Enrique, *Política de la Liberación, Historia Mundial y Crítica*. Editorial Trotta. Madrid, 2007, p.300.

Edmund, Husserl, *Investigaciones lógicas*, 1ª investigación, tomo II de la traducción castellana de Manuel García Morente y José Gaos, Ed Revista de occidente, Madrid, 1929.

Endicott, Timothy, *Palabras y Reglas*, Fontamara, Traducción de Rodrigo Sánchez Brígido, México, 2004.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

-----, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, D.F., Editorial Fontamara, 2004.

García, Máynez Eduardo. *Lógica del Raciocinio Jurídico*. Primera edición, México, Fontamara. 1994.

Guastini, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de Teoría y Meta teoría del Derecho*, Traducción de Jordi Ferrer, 1º edición, Barcelona, GEDISA, 1999.

-----*.Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Traducción de Marica Gascón y Miguel Carbonell, Octava edición, México, UNAM y Editorial Porrúa, 2008

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxfon University Press, Oxford, 1953.

Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura económica, 1961.

Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental legal conceptions. As applied in judicial reasoning*, Ed. por Wlatwer Wheeler Cook, Greenwood Press, Publisher, Westport, Conn, Versión en español de Genaro Carrió: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Distribuciones Fontamara, 1991.

Hospers. J., *An Introductionto Philosophical Analysis*, Englewood, t,I, Nueva Jersey, Prentecie Hall Inc., 1961.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.

----- . *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1998.

----- . *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, anuario jurídico I, 1974.

----- . *Principios de Derecho Internacional Público*, Traducción de Hugo caminos y Ernesto C. Hermida, Buenos Aires, Editorial el ateneo, 1965..

----- , *Que es el Positivismo Jurídico*, Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XVI, No. 61, ene-mar, 1966.

Jaeger, W.W., *Alabanza a la Ley. Los Orígenes de la Filosofía del Derecho y los Griegos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

Kantorowicz, Herman, *La Definición del Derecho*, traducción de J.M. de la Vega, Madrid, Revista de Occidente, 1964.

----- , *La Lucha por la Ciencia del Derecho*, Información Jurídica, Madrid, Núm.116, Enero 1953, pp.5-6

Kuhn, Thomas, S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago University Prees, Chicago, 1962.

Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A. 1992.

Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*, México, Editorial Época, 2001.

Maccormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

Margadant, Guillermo Floris, *Derecho Romano*, México, Esfinge, 1968.

Margáin Manautou, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, 20^a edición, México, Editorial Porrúa, 2008.

Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, 14^a edición, México, Editorial Porrúa. 2001.

Montoya López, María del Prado, *Los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional, Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, Madrid, Centro de Estudios Fiscales, Universidad de Castilla la Mancha, 2005.

Narváez, José R, y Espinoza de los Monteros, Javier (Coordinadores) *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*, México, UNAM, 2011.

Nieto, Alejandro, *Los Primeros Pasos del Estado Constitucional*, ARIEL, Buenos Aires 2002.

Olivecrona, Karl, *Lenguaje Jurídico y Realidad*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.

Paredes Montiel M. y Rodríguez Lobato R, *El Principio de Reserva de Ley en Materia Tributaria*, México, D.F., Editorial Porrúa, 2001.

Peces-Barba Martínez Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial DYKINSON, 2004. p.301.

Peczenik, Alexander, *On law and Reason*, Holanda, Kluwer Academic Publishing, 1989.

Platón, *La República*. México, D.F., Editores Mexicanos Unidos.

Prieto Sanchís, Luís, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.

Raz, Joseph, *La Autoridad del Derecho. Ensayo sobre derecho y moral*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

-----*The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System*, Oxford University Press, 1980.

-----*Practical Reasons and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975.

Recaséns Siches, Luis, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 3ª edición, México, 1980.

Robles, Gregorio, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos. Ensayo de Teoría Analítica del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

Rodenas Ángeles, *Razonamiento Judicial y Reglas*, Fontamara, México, 2001.

Rodríguez Lobato, Raúl, *Derecho Fiscal*, 2ª edición, Editorial Harla, México, 1998.

Rubio Llorente, Francisco, *Derechos Fundamentales y Principios Generales del Derecho*, México, Fontamara, 2002.

Roy, Rohatgi. *Principios Básicos de Tributación Internacional*, Traducción de Juan Manuel Idrovo, Bogotá; 1ª edición en español, México, D.F., Editorial Legis, 2008.

Savigny, Friedrich von, *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Atalaya, 1946.

-----*Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1924.

Santos, B. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el Desperdicio de la Experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer, Sao Paulo, 2000.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Alianza, 1982.

Schauer, Frederick, *Playing by the rules: A philosophical Examination of the Rule-Based Decision-Making in law in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencias del Tribunal Constitucional Alemán*, Editorial Konrad Adenaur Stiftung, Traducción Anzola G. Marcela y Maus R. Emilio. México, 2009.

Schmill, Ulises, *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho*, México, editorial Themis, 1997.

Schulz Fritz, *Principios del Derecho Romano*, traducción de Manuel Abellán Velasco, primera edición Madrid, Editorial Civitas, S.A. 1990

----- *History of Roman Legal Science*, Oxford University Press. 1936.

Serrano, Migallón Fernando, y Vázquez Rodolfo (coordinadores). *Ciencia jurídica y Constitución*, México, Facultad de Derecho de la UNAM y Editorial Porrúa, 2008.

Sieckman, Jan, *Regelmedelleund Prinzipienmodelle des Reschts Systems*, Baden Baden, nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

Stammler, Rudolf, *Economía y derecho*, según la concepción materialista de la *historia*, Reus, Madrid, 1929.

Stein, Peter, *Regulae Iuris from Juristics Rules to Legal Maxims*, Edimburgo University Press, 1962.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción Analítica al Estudio del Derecho*, Primera reimpresión a la 2ª edición, México, Editorial Themis, 2013.

-----, *Los Publicistas Medievales y la Formación de la Tradición Política de Occidente*, Primera edición, México, UNAM, 2005.

-----, *Razonamiento y Argumentación Jurídica, El Paradigma de la Racionalidad en la Ciencia del Derecho*, 1º edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

-----, *Introducción al Estudio de la Constitución*. 2ª edición, México, Editorial doctrina jurídica contemporánea, 2002.

-----, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, 2ª edición, México, Themis, 2001.

Valadés, Diego, *El Control del Poder*, 2ª edición, México, D.F., Editorial Porrúa, 2000.

Vázquez, Héctor, *Sobre la Epistemología y la Metodología de la Ciencia Social*, U.A. Puebla, México, 1984.

Vigo. L. Rodolfo. *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal- culzoni editores, 1999.

Wróblewski, Jerzy, *Justificación de las Decisiones Jurídicas, Sentido y Hecho en el Derecho*, traducción. Juan Iguartúa Salaverría, México, Distribuciones Fontamara, 2001.

Wright G, H. Von, *Norma y Acción, una Investigación Lógica*, Traducción Pedro García Ferrero, Madrid, Técnos, 1970, p. 21.