



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

Del derecho escrito al derecho consuetudinario una
pugna ideológica en México

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
Licenciada en Derecho

PRESENTA

Eveline Jovana Villanueva Jiménez

Asesor: Dr. Carlos Alberto Burgoa Toledo

ABRIL, 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Sinodales:

Presidente: Lic. Francisco Berdeja Hernández

Vocal: Mtro. Edmundo Aguilar Rosales

Secretario: Dr. Carlos Alberto Burgoa Toledo

Suplente 1: Mtra. Lidia Chávez Fonseca

Suplente 2: Mtra. Stephanie Cervantes Razo

Agradecimientos

A:

La Universidad Nacional Autónoma de México, Ágora que fecunda el deseo de ir en búsqueda de la verdad, que conserva la fe en el progreso humano y extiende un profundo amor a sus estudiantes. Alma mater, que me dotó de conocimientos, experiencias, profesores y amigos.

Mi asesor de Tesis, Dr. Carlos Alberto Burgoa Toledo, maestro, mentor y amigo, por confiar en mí y siempre tener abiertas las puertas del conocimiento; por enseñarme que el orden, la lealtad, la constancia y la pasión por lo que se desea conocer, también nos permite aprender y comprender la realidad que nos rodea. Por sus valiosas aportaciones a este proyecto y el invariable apoyo al mismo.

Todos mis maestros, Dr. Carlos Alberto Burgoa, Dra. Carmen Trueba, Dr. Jorge Tagle, Dra. Magdalena de Lourdes Espinosa, Mtro. Emanuel Ibáñez, Mtro. Cristian Miguel Acosta, Mtro. Pedro Sandoval, Lic. María Teresa Villadelmar, Prof. Jorge Godoy y Sawako Yoshikawa sensei, gracias porque de alguna manera forman parte de lo que ahora soy.

Mis padres Gabriela Jiménez y Raymundo Villanueva, por darme la vida, creer en mí y apoyarme en todo momento. Gracias mamá por ser mi mejor amiga y confidente, por darme todo lo que eres y lo que tienes, por enseñarme a ver la vida de la manera más bella. Gracias papá por ser guía y ejemplo de bondad, por aconsejarme sabiamente e impulsarme a ser mejor. Todas y cada una de las cosas que hago son siempre por y para ustedes, gracias a ambos por su infinito amor y por enseñarme a ser valiente y esforzada.

Mis hermanos, Karen y Eduardo Villanueva, por su compañía, protección y amor, son un gran ejemplo de nobleza, humildad, disciplina y paciencia; virtudes esenciales para el crecimiento personal y profesional.

Mis sobrinos e hija, Emiliano, Sofía y Natalia pretendiendo ser un ejemplo a seguir para cada uno de ellos. Gracias por llenar mis días de alegría y motivación.

Mi abuela Lina, segunda madre, sin tu sabiduría y apoyo no lo hubiera logrado, Maura, Gerardo y Dolores, por quererme y alentarme, esto también se lo debo a ustedes.

Mis amigos, Francisco Morales, Teresa Franzoni, Pedro Sandoval, Juan Pandal, Miguel Betanzos, Carlos Salcedo, José Pérez, Alejandro López, Aldahir Rojas, Daniel Alcantar, Alberto Payán, Samantha Frausto y Adán Loeza por compartir conocimientos, experiencias, alegrías y tristezas, sepan que a cada uno de ustedes por algo especial los admiro, quiero y respeto.

Dios, por darme la oportunidad de vivir, ser mi fortaleza, iluminar y ordenar mi camino y pensamientos.

Dedicatoria

No puedo describir tu belleza, tu amor y tu apoyo infinito. No logro comprenderte pero sé que desde hace siete años que llegaste al mundo, mi corazón comenzó a sentirse abrazado por una fuerza tan grande que constituyó el principal sentido de mi vida.

Stefan Zweig escribió que “la medida más segura de toda fuerza es la resistencia que vence” y sin duda alguna tú eres la obstinación de Eveline frente al mundo. Logras convertir mi llanto en sonrisas y el constante estrés en un inmenso bienestar, por eso, no sabes cuánto agradezco a la vida y a Dios el haberme dado el regalo más grande: tú.

Y aunque es casi imposible para la mente humana entender lo que implica el infinito, la eternidad, la felicidad o por lo menos la verdad en el amor, me basta con mirarte para saber que quiero detener el tiempo y volverte eterna; que deseo cristalizar tu inocencia y ternura en una simple afirmación; que pretendo hacer infinita tu curiosidad y bondad recordándote que debes ser mejor cada día; que procuro mantener intacta tu alma y pensamiento con aquello que llamamos valores y con ello seas feliz, y que si el amor es enigmático llevarte la verdad en un abrazo.

Gracias Natalia por tu madurez, por tu comprensión, por tu inteligencia, por tus chistes y danzas, por tus bromas y desvelos, por iluminar mis días, por tus críticas y elogios, por tu esfuerzo, por tu compañía, por ser mi alegría y motor en la vida, gracias por SER... sabes lo que significa este trabajo y por tal motivo está dedicado a ti.

Te amo.

**Del derecho escrito al derecho consuetudinario
una pugna ideológica en México**

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EL DERECHO	5
1.1. La relación Estado-Derecho.....	5
1.2. Concepto de derecho	10
1.2.1. Iusnaturalismo	15
1.2.2. Positivismo jurídico	24
1.2.3. Realismo jurídico	38
1.2.4. Ius analítica	48
1.2.5. Anti positivismo (post-positivismo) jurídico	53
1.3. Ideología en las corrientes jurídicas del Derecho	60
1.3.1. Dificultades y aportaciones de las corrientes jurídicas de Derecho	60
1.3.2. Una Propuesta de Concepto de Derecho	63
1.3.3. El Derecho como ideología	67
CAPÍTULO II. DERECHO ESCRITO	70
2.1. La tradición jurídica romano-canónica	70
2.2. Artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo	75
2.3. La justicia restitutiva	78
2.4. Artículo 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles.....	88
2.5. Formalismo	97
CAPÍTULO III. DERECHO CONSUECUDINARIO	101
3.1. La tradición jurídica <i>Common law</i>	101
3.2. El activismo judicial	105
3.3. Artículo 38 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	112
3.4. Escepticismo jurídico.....	119
3.5. Debate ideológico entre el derecho escrito y el derecho consuetudinario	130
3.5.1. Contraste entre formalismo y escepticismo jurídico	130
3.5.2. Formalismo y escepticismo, otra forma de ideología en el derecho. ..	132
CAPÍTULO IV. CASOS REALES	136
4.1. Artículo 69-B Código Fiscal de la Federación.....	136

4.2. Programa doble <i>hoy no circula</i>	159
4.3. Activismo jurídico racional VS derecho espurio	176
CONCLUSIONES	183
ANEXOS	205
BIBLIOGRAFÍA	238

INTRODUCCIÓN

En México, a partir de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, se han introducido en el orden jurídico nacional principios en los que la función jurisdiccional del Estado ha cobrado una eminente importancia. Los juzgadores están obligados a interpretar la norma procurando favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia, atendiendo para ello al ordenamiento jurídico interno y los tratados internacionales de la materia; sin embargo, las amplias facultades conferidas a los jueces y tribunales han hecho de la interpretación no sólo una forma para atribuir significados o desentrañar el sentido de los enunciados normativos, sino que también han dado pauta para formular cuestionamientos como los siguientes:

¿Los jueces interpretan normas y resuelven conflictos o también crean Derecho? ¿Se les ha conferido a los jueces un instrumento argumentativo denominado jurisprudencia, para justificar que sus decisiones limiten derechos fundamentales? ¿Es excesivo el uso de la jurisprudencia por lo que se transgrede el principio de división de poderes? ¿La interpretación de los jueces hace que determinados derechos sean negociables? ¿Será conveniente guardar la Constitución y mejor crear derecho a partir de la jurisprudencia? ¿Los jueces deben legislar donde los legisladores no lo hicieron? ¿La jurisprudencia es una herramienta para crear derecho ilegítimo? ¿Debe velarse por la legalidad y la certeza por lo que los jueces deben apegarse a las normas sustantivas y adjetivas? ¿Los jueces deben ir más allá de lo establecido en las normas para resolver una controversia? ¿El activismo judicial funge como herramienta para salvaguardar los derechos fundamentales?

Procurando dar respuesta a los cuestionamientos preliminares y profundizando en el debate generado dentro del seno de la Teoría General del Derecho suscitado entre el formalismo y el escepticismo jurídico, resulta necesario explicar en el capítulo primero las funciones del Estado, para no perder de vista la actividad de cada Poder que lo constituye; asimismo, se establecerá su relación con

el Derecho entendiendo a éste como la estructura jurídica que le da sentido, validez y eficacia. Se diferenciará a la Filosofía del Derecho de la Teoría General del Derecho pues, de lo contrario sería imposible advertir el desarrollo de dichas disciplinas. Remitir a esos saberes se justificará en el hecho de demostrar que el derecho es una serie de disputas tanto teóricas como filosóficas, en la que si bien la más conocida sea la del naturalismo y el positivismo jurídico, no obstante no es la única, razón por la cual se expondrán cinco de las corrientes ius filosóficas que explican al fenómeno jurídico.

La primera corriente a tratar es la del iusnaturalismo que será expuesto a partir de obras de filósofos como Platón, Aristóteles y Hobbes así como de juristas como Norberto Bobbio. La segunda corriente a presentar será la del ius positivismo que también comprenderá comentarios de Bobbio, Hans Kelsen, John Austin y H. L. A. Hart. En tercer lugar se abordará al realismo jurídico, el que remitirá principalmente a la Escuela del Realismo Genovés pero también a la teoría de Alf Ross, Michel Troper en Francia y al del sueco Axel Hägerström. En una cuarta forma del pensamiento jurídico-filosófico se ubicará a la ius analítica de la que se retomarán argumentos como los de John Austin y H. L. A. Hart y para finalizar, se estudiará al anti positivismo principalmente explicado por Ronald Dworkin y Robert Alexy. Enunciar dichas escuelas de pensamiento tiene como principal fin identificar la primera parte de todo el conflicto ideológico.

Por lo que respecta al capítulo segundo, se estudiará al Derecho escrito refiriendo para ello, la tradición jurídica romano-canónica, no sin antes explicar qué es un sistema y una familia jurídica. Se expresarán las premisas principales del formalismo normativo y se presentarán los elementos de la justicia restitutiva y su relación con las leyes. Tratándose de un proyecto jurídico, prescindir de las normas que integran al sistema legal sería erróneo, por lo que en consonancia con el formalismo se expondrá el artículo 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), según el cual los juzgadores están obligados únicamente a resolver los puntos planteados en la litis, toda vez que la congruencia radica tanto en el apegarse a las cuestiones de derecho planteadas como también a las de hecho. De

igual manera, se retomará el contenido del artículo 51 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) el cual permite declarar una resolución de ilegal por el hecho de no apegarse a lo transcrito en la norma, cuestión característica del formalismo jurídico.

En contraste con lo anterior, en el capítulo tercero se razonará en qué consiste el derecho consuetudinario, se estudiará a la tradición legal *common law*, asimismo, se distinguirá a la tradición jurídica romano-canónica de la tradición legal *common law*, se expondrá qué es y en qué consiste el escepticismo jurídico y que lo diferencia del formalismo, también se analizará en qué consiste el activismo judicial. De igual modo, se examinará el artículo 38 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuya aplicación constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 36 y en el que su interpretación permitió comprender el enunciado normativo lo que a su vez favoreció a las personas. Tanto el capítulo tercero como el segundo completarán las piezas del debate ideológico ya que en ellos se explicarán a las tradiciones jurídicas así como a las teorías objeto del presente proyecto es decir, al formalismo y al escepticismo jurídico.

Por lo que hace al cuarto capítulo, en él se desarrollaran las problemáticas específicas tanto del formalismo como del escepticismo jurídico, mismas que serán evidenciadas en dos casos prácticos y que en su momento resultaron bastante controversiales. La primera de ella es el artículo 69-B del Código Fiscal en el que la interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación no fue lo bastante grata para los contribuyentes. El segundo caso es el del programa doble *Hoy no circula* en el cual colisionaron el derecho a un medio ambiente sano frente al derecho de propiedad de los usuarios de vehículos cuyo tipo de engomado restringía su libre tránsito, ambos casos resultan esenciales para entender el presente proyecto ya que se tratan de dos acontecimientos que pusieron a prueba el sistema jurídico en México, y en los que la mejor argumentación se posicionó incluso por encima de la norma.

La interpretación dada a los casos anteriores es menester analizarla ya que ejemplifica claramente el dinamismo y actualización en el sistema jurídico, resalta la importancia de establecer el alcance específico de las normas y evidencia los casos en los que las modificaciones a los sistemas normativos acaecen de forma urgente.

Para finalizar, en el quinto capítulo se expondrán las conclusiones obtenidas del desarrollo de la presente investigación, asimismo, se dará respuesta a las preguntas enunciadas al comienzo de esta introducción y se planteará una posible solución a los efectos derivados de la pugna ideológica.

Debe anticiparse que el campo práctico sobre el cual versa el presente estudio recae principalmente en la materia administrativa no obstante, se retomarán ejemplos de otras ramas del derecho tales como el caso del artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación.

CAPÍTULO I. EL DERECHO

“...al contemplar la vorágine de la época, a veces tenía la sensación, o al menos le parecía tenerla, de que la ley se había quedado atrás, de que no había podido prever el proceso de descomposición que lo barría todo...La ley, en sus crueles intransigencias, resultaba demasiado débil e ineficaz comparada con la tiranía de los tiempos...”¹

1.1. La relación Estado-Derecho

El ser humano es por naturaleza un ser social; sin embargo, también por necesidad, toda vez que con el fin de subsistir se ha reunido en grupos para llevar a cabo determinadas actividades. Con el tiempo, dichos grupos se tornaron más complejos y con ellos sus formas de organización. Así, la historia identifica que “el hombre primitivo no tiene un sentimiento claro de individualidad, no se da cuenta de que exista un yo individual...”,² evidentemente porque desde sus inicios pertenece a una familia en la que participa para la satisfacción de necesidades básicas como la alimentación, el vestido, la seguridad; el buscar sobrevivir.

Posteriormente los ritos, los mitos, el culto, las tradiciones; cobran cierto valor pues tanto a las familias, a los clanes y a las tribus es lo que los mantuvo unidos durante largo tiempo. Esta cuestión de unidad e identidad dentro de las primeras formas de agrupación humana se despliega hasta lo que hoy conocemos como Estado el cual sigue guardando el fin de la asociación es decir, el preservar la seguridad, el orden y la supervivencia humana.

Aunque se ha discutido sobre si hablar de un Estado en la antigüedad es o no factible, no puede negarse que los seres humanos siempre han vivido en comunidad y que dentro de esas agrupaciones primitivas se distinguen dos elementos del mismo: 1) el asentamiento de un grupo de personas en determinado

¹ Márai, Sándor, *Divorcio en Buda*, 2 a ed., trad. de Judit Xantus Szarvas, Barcelona, Salamandra, 2013, p. 26.

² Kahler, Erich, *Historia universal del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 41.

territorio y 2) un poder de mando. Dichos elementos se imprimen en concepciones del Estado tanto filosóficas, como sociológicas, políticas o jurídicas, por ejemplo:

Para el contractualismo clásico de Thomas Hobbes el Estado aparece como un *cuerpo* de gobierno soberano (con poder absoluto) encargado de garantizar la seguridad y libertad individuales de los ciudadanos. En esta línea, Hobbes define al Estado de la siguiente manera:

“Una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo.”³

La concepción hegeliana del Estado aparece como la instancia que concilia lo individual con lo comunitario. En su *Filosofía del derecho*, Hegel define así al Estado:

“El Estado es la realidad de la Idea ética; es el Espíritu ético en cuanto voluntad manifiesta, clara para sí misma, sustancial, que se piensa y se sabe, y que cumple lo que sabe y cómo lo sabe [...] El Estado es lo racional en sí y para sí, como la realidad de la voluntad sustancial que posee en la autoconciencia particular elevada a su universalidad. Esta unidad sustancial como absoluta e inmóvil finalidad última de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como esta finalidad última tiene un derecho superior al de los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado.”⁴

³ Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 141

⁴ Hegel, G. F. W., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, 5a. ed., trad. de Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires, Claridad S. A., 1968, Parágrafo 257.

Esta concepción se aleja completamente de la tradición contractualista del liberalismo, cuya noción del contrato social tiende a entender la ley como algo incuestionable y no como una construcción racional.

Por su parte Max Weber entiende al Estado como:

“Una organización gobernante que será llamada “política” en la medida en que su existencia y orden sean continuamente salvaguardados dentro de un territorio determinado por la amenaza de la aplicación de la fuerza física por parte de un órgano administrativo. Una organización política compulsiva con operación continua sea llamada “Estado” en la medida que su órgano administrativo ostente para sí el monopolio legítimo de la violencia física para proteger su orden.”⁵

Mientras que para la concepción de Carl Schmitt el Estado “representa un determinado modo de estar con el pueblo (ya que) el Estado se muestra como algo político, pero a su vez lo político se muestra como algo estatal”⁶ igualmente indica que “...como en el siglo XVIII, el Estado no reconocía ‘sociedad’ alguna como antagonista, o al menos donde (como en Alemania durante el XIX y parte del XX) el Estado, como poder estable y distinto, se encontraba por encima de la ‘sociedad’...”⁷

En el caso de Hans Kelsen el Estado se identifica con el orden:

“El Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico, el orden hacia el cual se orientan ciertas acciones del hombre, o la idea a la cual los individuos ciñen su comportamiento. Si la conducta humana orientada hacia este orden forma el objeto de la sociología, entonces dicho objeto no es el Estado. No hay un concepto sociológico del Estado además del jurídico. El doble concepto del

⁵ Traducción propia. Weber, Max, *Economy and Society*, New York, Bedminster, 1968, V. I, pp. 53-54.

⁶ Cfr. Schmitt, Carl, *El concepto de lo Político*, Madrid, Alianza, 2009, p. 49.

⁷ *Ibíd*em, p. 53.

Estado es lógicamente imposible, entre otras razones porque no puede haber más de un concepto para un mismo objeto. Sólo hay un concepto jurídico del Estado: el Estado como orden jurídico centralizado.”⁸

De lo antes citado es posible advertir los elementos del Estado así como el matiz que cada uno de los autores le atribuye a su concepto. No obstante, la importancia de traer a colación dichos elementos radica en resaltar su fin y como ha de lograrlo. El fin último del Estado es el ordenar una colectividad establecida en determinado territorio lo que requiere no sólo de un poder soberano sino también de una distribución en sus funciones, o lo que comúnmente se llama principio de división de poderes.

La importancia de dividir las funciones dentro de un Estado fue analizada desde Aristóteles quien en la *Política* sugería una división de poderes. Según Aristóteles hay tres elementos sobre los cuales debe descansar un buen gobierno: “...el que delibera sobre los asuntos de la comunidad; la segunda es la referente a las magistraturas [...] y la tercera a la administración de la justicia.”⁹

No obstante, fue hasta 1748 cuando el barón de Montesquieu en su obra *El Espíritu de las Leyes* desarrollaba el principio de división de poderes. Para el filósofo de la Ilustración el que el poder recayera sobre una sola persona representaba un peligro:

“Todo estaría perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres ó de los nobles ó del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos ó las diferencias de los particulares. En la mayor parte de los reinos de Europa, el gobierno es moderado, porque el príncipe, que tiene los dos primeros poderes, deja á sus súbditos el

⁸ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, 1988, p.224.

⁹ *Política* 4, 1298a2.

ejercicio del tercero. Entre los turcos, donde los tres poderes están reunidos en la persona del sultán, reina un espantoso despotismo.”¹⁰

Una vez que estudió lo ocurrido con otros gobiernos Montesquieu concluyó que la mejor forma en que podría funcionar un Estado era a través de una división de poderes en la que el Poder Legislativo representará al pueblo e hiciera la ley; el Poder Ejecutivo administrará al Estado y examinará cómo cumple el legislativo las leyes establecidas; y el Poder Judicial¹¹ decidiera sobre un caso particular y ejecutará la voluntad general. Es de destacar que el filósofo no veía a estos poderes de forma estática, sino que resaltaba el dinamismo social y forzosamente institucional.

“...los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo hasta el punto de no discrepar lo más mínimo del texto expreso de la ley. Si representasen una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone. Es menester también que los jueces sean de la condición del acusado ó sus pares, para que no pueda recelar que ha caído en manos de personas dispuestas a hacerle violencia...”¹²

Es oportuno precisar que separación y división de Poderes son dos expresiones que aluden a técnicas diferentes de organización del poder político. La primera de ellas, es decir, la división de poderes es una forma de organización constitucional la cual es conocida como “checks and balances -frenos y contrapesos. Esta técnica se rige por la idea según la cual ‘sólo el poder frena al poder’. Consiste en evitar que los diversos órganos del Estado abusen de sus

¹⁰ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, Biblioteca de derecho y ciencias sociales, s.f., t. I, 1906, p. 228.

¹¹ Montesquieu entiende tres especies de poder el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil. Por el primero, el príncipe o el magistrado hace leyes, para algún tiempo o para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga los pleitos de los particulares. Éste último debe llamarse poder judicial y el otro simplemente poder ejecutivo del Estado. *Ibidem*, p. 227.

¹² *Ibidem*, p. 230.

competencias, por lo que es necesario que cada poder sea capaz de contraponerse a los otros, capaz de condicionarlos y frenarlos.”¹³

La separación de poderes es la técnica en la que se presenta una separación de las funciones estatales y una separación de los órganos que llevarán a cabo dichas funciones. Ésta técnica, “resulta de la combinación de dos principios: uno atiende distribución de las funciones estatales; otro, a las relaciones entre los órganos competentes para ejercerlas, esto es, principio de especialización de las funciones y principio de independencia recíproca de los órganos, respectivamente.”¹⁴

La doctrina del ideólogo Montesquieu al igual que las teorías de otros filósofos, sociólogos, politólogos y juristas sirvió de base al pensamiento político del Estado moderno. Pero además de una división y separación de poderes, el Estado requiere de un equilibrio de éstos los que será posible si a su vez se cuenta con una estructura jurídica que le dé sentido, validez y eficacia a cada una de sus funciones, que permita el reconocimiento de los derechos de sus gobernados y que limite y faculte a sus autoridades siendo dicha estructura el derecho.

1.2. Concepto de derecho

Definir o bien establecer un concepto¹⁵ de derecho es una cuestión muy compleja pues se trata de un fenómeno que abarca todas las esferas de la vida, vaya, desde el nacimiento y hasta la muerte se encuentran regulados por normas jurídicas; sin embargo, éste no es sólo un conjunto de normas. Desde diferentes perspectivas se ha tratado de definir qué es el derecho, cuál es su contenido, cuál es su naturaleza, cómo ha de desarrollarse, cuál es su relación con la justicia, cuál es la mejor forma de aplicarlo e interpretarlo. A todos estos cuestionamientos la

¹³ ¿Separación de los poderes o división del poder? de Riccardo Guastini, <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/12/30/separacion-de-los-poderes-o-division-del-poder-de-riccardo-guastini/>

¹⁴ Ídem.

¹⁵ A lo largo de la presente investigación se señalarán una serie de definiciones, conceptos, acepciones y significados tales como Estado, derecho, iusnaturalismo, positivismo jurídico, entre otras; por lo que lejos de entrar al debate de lo que es una y otra vale la pena anticipar que serán utilizadas estas expresiones como sinónimos aunque de manera estricta no lo sean.

teoría y la filosofía jurídica pretenden dar respuesta, y en virtud de que ni filosofía ni teoría son lo mismo resulta provechoso para la presente investigación aludir a lo que refieren tanto una como la otra.

Lejos de entrar al debate sobre los límites entre teoría y filosofía del Derecho, pues es un tema de gran extensión, únicamente se recordará lo propuesto por Norberto Bobbio en su obra *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* para diferenciar a cada una de éstas. Bobbio sugiere un programa de trabajo en el que la filosofía del derecho se compone de tres partes “a) Teoría del derecho; b) Teoría de la justicia; c) Teoría de la ciencia jurídica.”¹⁶ La teoría del derecho es la disciplina encargada de la elaboración de los conceptos fundamentales tales como derecho, sanción, norma, entre otros; por lo que respecta a la teoría de la justicia la cual no es propia de los juristas sino que en ella participan también filósofos del derecho, de la moral y la política, esta se ocupa si bien en definir a la justicia también de realizar un análisis y establecer los principios y valores que se supone son los más importantes de la sociedad. Por último, la ciencia jurídica, la cual es propia de los juristas, formula e interpreta las normas.

De lo precedente se colige que algunas tareas son exclusivas de los juristas mientras que en otras también participan filósofos. Es oportuno hacer la distinción entre la filosofía del derecho de los filósofos y la filosofía del derecho de los juristas, pues ambas labores han propiciado al desarrollo de la teoría y la ciencia, no obstante, dichas disciplinas realizan sus aportes desde dos horizontes sumamente distantes, cada una defiende su postura y en pocos casos coopera coordinadamente para la solución de problemas en el derecho. Así, señala Norberto Bobbio que:

“...las mayores contribuciones a la filosofía del derecho han sido hechas por juristas con intereses filosóficos más que por filósofos con intereses por el derecho [...] Se entiende que la preferencia hacia a

¹⁶ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2015, p. 56.

las obras de los juristas que se elevan a la filosofía más que hacia las de los filósofos que se rebajan al derecho revela la preferencia por un método, o mejor, por cierto estilo de trabajo, que es más fácil encontrar en las obras de los primeros que en las de los segundos: lo que caracteriza a este estilo de trabajo es la primacía dada al análisis sobre la síntesis, primacía fundada en la convicción, de que aun siendo análisis y síntesis momentos necesarios de toda investigación, es siempre preferible un análisis sin síntesis (lo que se les reprocha a menudo a los juristas-filósofos) que una síntesis sin análisis (que es el vicio común a los filósofos-juristas) [...] la diferencia entre filosofía del derecho de los filósofos y la filosofía del derecho de los juristas oculta en realidad una diferencia más profunda: una diferencia entre dos modos de filosofar a la que con gusto llamaría monismo y pluralismo con referencia a la concepción de la realidad, y racionalismo y empirismo con referencia al problema del conocimiento, añadiendo la advertencia de que el jurista, por la misma naturaleza de su investigación, se ve más inclinado hacia la segunda que hacia la primera.”¹⁷

En este sentido, la filosofía del derecho de los filósofos se evoca principalmente en un campo conceptual y abstracto. John Rawls elabora una teoría de la justicia en la que comienza por señalar que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas del pensamiento”.¹⁸ El filósofo americano contribuye a la filosofía del derecho (específicamente teoría de la justicia) desde un campo puramente doctrinal ya que comienza con un experimento mental denominado la posición original, característico del *constructivismo kantiano*.

¹⁷ Ibídem, pp. 53-55.

¹⁸ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 2a, ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 17.

Rawls considera que para responder al cuestionamiento de qué es la justicia en una sociedad en donde las personas ocupan una posición determinada y cuyos principios y valores coinciden con dicha *posición social* es idóneo un *velo de la ignorancia*, el cual impedirá tener conocimiento de *los otros* lo que servirá para tener una postura neutral y así llegar a un consenso racional e imparcial (*consenso traslapado*) acerca de lo que es la justicia.

El ejemplo anterior muestra que la filosofía del derecho de los filósofos se queda en un plano teórico. Por lo que respecta a la de los juristas la mayoría de las veces se limita a la praxis. Raffaele Garófalo¹⁹, dedica gran parte de su vida a estudiar la naturaleza y la responsabilidad de los delitos, así como la antropología criminal y la posibilidad de establecer una ciencia del delito. El jurista centra su análisis en la teoría del derecho concretamente, en el derecho penal. Así, tanto Rawls como Garófalo permiten constatar el dicho de Bobbio. No obstante, hay otros juristas que no se limitan a la teoría del derecho sino que extienden su investigación y favorecen a la filosofía jurídica en general; ejemplos de ello son Norberto Bobbio o el ilustre alemán Caspar Rudolf von Ihering.

Con el fin de aclarar aún más tal distinción, Guastini, enuncia las singularidades de la filosofía del derecho de los filósofos y la de los juristas.

“1) La FD de los filósofos se dirige a dos objetos principales:

- a) por un lado, al concepto de derecho (y, por tanto, al derecho en general, al derecho en cuanto tal, en su totalidad: en fin, a la naturaleza de la experiencia jurídica en cuanto dominio específico de la “*comédie humaine*”, junto a la moral, la política, a la economía, etcétera);
- b) por otro lado, al concepto de justicia (y, por su puesto, a las relaciones entre justicia y derecho).

¹⁹ Véase Garófalo Raffaele, *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, Biblioteca de jurisprudencia, filosofía e historia.

En otras palabras los filósofos están esencialmente interesados en determinar los confines del reino del derecho, sin cruzarlos en modo alguno...

2) La FD de los juristas

a) En primer lugar, no puede ser practicada más que por juristas profesionales (no se puede hacer este tipo de FD sin conocer al derecho);

b) En segundo lugar, es un ejercicio filosófico útil para los propios juristas (y quizás sólo a ellos): su objeto fundamental es la crítica (y quizás el progreso) de la ciencia jurídica.”²⁰

Las características que aporta Guastini muestran que la filosofía del derecho de los filósofos se centra en conceptos y en la relación del derecho con la justicia. Mientras que la filosofía del derecho de los juristas asiste la problemática suscitada en torno a la praxis derecho: su aplicación, interpretación, alcances y efectividad. En su libro *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Gaetano Carcaterra expresa “solo quando entra nella dimensione della giustificazione l'imperativo diviene dover-essere e così si eleva a livello razionale”,²¹ Carcaterra al igual que Guastini considera que la diferencia entre una y otra filosofía radica en el conocimiento que habrá de adquirirse de la práctica del derecho. Una vez identificado el objeto de estudio que abordan la teoría y la filosofía jurídica, lo subsecuente es hacer mención de las principales corrientes que han marcado el pensamiento jurídico, ello con el fin de explicar algunas de sus tesis y el concepto de derecho que proponen.

Dentro de las escuelas filosóficas más conocidas entorno al derecho se encuentran el iusnaturalismo y el positivismo jurídico no obstante, no son las únicas, existen otras como el realismo jurídico, la corriente anti positivista o post-positivista,

²⁰ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 18.

²¹ Sólo cuando entra en la dimensión de justificación el imperativo se convierte en deber-ser, por lo que se eleva a un nivel racional. Traducción propia. Carcaterra, Gaetano, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Torino, 2007, p. 5.

la teoría analítica del derecho; entre otras como la ius marxista, la deóntica, la funcionalista, etc. De igual manera muchas son las concepciones sobre el derecho, cada una de ellas refleja cierta forma de comprenderlo, de estudiarlo, de aplicarlo e indudablemente también revelan la tendencia jurídica-filosófica que representan.

En las siguientes líneas, se estudiarán cinco de las escuelas ius filosóficas que de forma trascendental marcaron el pensamiento jurídico. Exponerlas al igual que criticarlas en su totalidad, debido a su extensión y complejidad, implicaría una labor muy pretenciosa. En ese sentido, los siguientes apartados consisten en una síntesis, la cual no buscan reducir a la filosofía del derecho a unas cuantas escuelas ni tampoco intenta defender una corriente de las aquí indicadas, sino que permitirán comprender una arista del complejo debate suscitado entre el formalismo y el escepticismo jurídico desde un enfoque puramente filosófico.

1.2.1. Iusnaturalismo

Ya desde la antigua Grecia son diversas las problemáticas que se advertían en relación al fenómeno jurídico. En primer lugar, identificar al Derecho con lo justo y en segundo su génesis. La épica de Homero alude a *themis* como la ley, una ley proveniente de Zeus. *Themis* etimológicamente significa ley sin embargo, en el contexto de la Hélade "...se refiere más bien a la autoridad del derecho, a su legalidad y validez..."²² la cual derivaba de una especie de acuerdo con los dioses. Al mismo tiempo se registra en los cantos del poeta la palabra *diké* adjudicada a los jueces pues "significa el cumplimiento de la justicia."²³ *Diké*, a diferencia de *themis*, emanaba de un pacto entre los hombres en el que la ley es "pagar lo mismo con lo mismo, devolver lo mismo que se ha recibido y dar una compensación igual al perjuicio causado."²⁴

Con Sófocles en *Antígona*, las leyes de los hombres y las de los dioses sugieren dichas dificultades. Mientras que en Anaximandro de Mileto

²² Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 3a. ed., trad. de Joaquín Xirau, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 107.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

“...la representación de *diké* [...] explica la conexión casual del devenir y el perecer de las cosas como una contienda jurídica en la cual, por la sentencia del tiempo, aquellas tendrán que expiar e indemnizar de acuerdo con las justicias cometidas. Tal es el origen de la idea filosófica del cosmos, puesto que esa palabra, designa originariamente, el recto orden del estado y de toda comunidad...”²⁵

Para Anaximandro y para otros filósofos de su época la filosofía, las ciencias naturales, políticas, la justicia y la igualdad ocupan un lugar central en la vida social pues son el eje rector para la convivencia en comunidad.

Resulta difícil precisar en qué momento la palabra *diké* cobra tanta importancia o en qué tiempo se distingue la ley natural de la ley política *νομός/ Φυσις* (nomos/fisis). Lo que si puede indicarse es que *fisis* representaba la ley natural (ley divina, ley impuesta) y *nomos* refería a la tradición, a la ley política (ley proveniente de un consenso racional). Apelando a la igualdad se traslada de un derecho obsequiado por Zeus a los hombres a un derecho convenido entre éstos, de igual manera, algunos representantes de la sofística como Hipias, Antifonte, Protágoras o Critias comienzan a formular las primeras críticas a la concepción de derecho predominante.

El primero de ellos diferencia a la ley natural de la política, el segundo se opone al régimen esclavista justificado por el derecho, el tercero señala que lo justo es lo que el pueblo considere útil y provechoso para la comunidad y el último “sostiene que los antiguos legisladores inventaron la divinidad como supervisora de las acciones buenas y malas, con la idea de que nadie cometiera injusticias solapadas contra su prójimo por temor al castigo de los dioses.”²⁶

De lo antes transcrito, se sigue que el pensamiento jurídico más antiguo es el naturalista, aunque no tardará mucho en desarrollarse el positivismo jurídico. Si bien son los sofistas quienes dan pauta para hablar de ley natural y ley político-

²⁵ *Ibíd.*, p. 113.

²⁶ Barrio, Gutiérrez, José (Trad.), *Critias. Fragmentos y Testimonios*, Red. Aguilar, Buenos Aires, 1966, p. 21.

jurídica, con Sócrates y Platón en la *República* la *Idea* de justicia será expuesta constantemente. Platón realizó un diálogo sobre las leyes, mientras que Aristóteles elaboró una teoría de la justicia. En Roma Cicerón escribió sobre la ley y la justicia, en tanto que los juristas romanos tenían como fuente la *naturalis ratio*²⁷. De Ulpiano se documentaba que el derecho es lo justo y “que todos nacemos libres e iguales [...] que la esclavitud y la distinción entre libres y esclavos son de *ius Gentium*, no de *ius naturale*”.²⁸

En la Edad Media Agustín de Hipona señalaba “No parece que sea ley la que no es justa”²⁹ y Tomás de Aquino representante destacado de la escolástica diferenció entre *lex aeterna* y *lex naturalis*, la primera remite al orden del cosmos, es el orden impuesto por Dios el cual siempre tiende al bien; por su parte, la ley natural es aquella ley que participa de la ley eterna y que por consecuencia provoca que los actos de los hombres se inclinen al bien. En la Ilustración Hobbes destacaba la importancia de la trascendencia de la ley natural al contrato social; Rousseau por su parte identificaba al derecho con lo justo, mientras que Kant expresó que “un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de jurídicos si contradicen aquellos principios morales o de Justicia.”³⁰

En los párrafos anteriores se pretende sintetizar la historia del iusnaturalismo la cual es clasificada de tres maneras: “el escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano”³¹ o bien,

“i) Uno de corte clásico, cuya raíz se encuentra en las tradiciones filosóficas representadas por Aristóteles y Tomás de Aquino; ii) un iusnaturalismo empirista, contractualista, que tiene como principal representante a Hobbes; iii) el propio de la Escuela Moderna del derecho natural, teniendo a Grocio y Pufendorf a la cabeza; iv) un

²⁷ Fassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho. Antigüedad y Edad Media*, 3a. ed., trad. de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Ediciones Pirámide, 1982, t. I, p. 106.

²⁸ *Ibidem*, p. 107.

²⁹ *Ibidem*, p. 139.

³⁰ Santiago Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 28.

³¹ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y...*, óp. cit., p.124.

iusnaturalismo de corte marxista, explicado fundamentalmente por Ernest Bloch, y v) uno de tipo kantiano.”³²

Son más las clasificaciones propuestas; sin embargo, lo que se busca resaltar es que en la actualidad el iusnaturalismo prevalece en las discusiones en torno a lo que es y que implica el derecho y aunque pudiera ya advertirse la línea de pensamiento que sigue, pues dicha doctrina identifica al derecho con lo justo o lo moral, no obstante, es preciso exponer como lo conciben. Previo a enunciar algunas de las acepciones propuestas por el iusnaturalismo es necesario distinguir entre éste y el derecho natural.

El iusnaturalismo puede ser definido como una corriente de pensamiento “que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo; y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo.”³³ En palabras de Francesco D’Agostino dicha doctrina “acoge cuatro ‘supuestos fundamentales y no separables: 1) la existencia de un derecho meta-positivo, 2) que es intrínsecamente válido, sin tener en cuenta, el posible reconocimiento por parte del legislador, 3) y axiológicamente superior respecto al derecho positivo y [...] 4), que está dotado de una fuerza obligatoria superior respecto al derecho positivo’...”³⁴

Una postura más señala que el iusnaturalismo es una teoría del derecho que se caracteriza por

“...i) la “tesis de las fuentes racionales”, según la cual las fuentes sociales [positivas] de las normas jurídicas pueden ser valoradas racionalmente en cuanto a la validez de sus contenidos; en otras palabras, esta tesis mantiene que al lado de [y en un cierto sentido, sobre] las fuentes sociales del derecho normativo, existe una fuente

³² Massini Correas, Carlos, Los derechos humanos en el pensamiento actual, citado en Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural. tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 65.

³³ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y...*, óp. cit., p. 122.

³⁴ Traducción propia. D’Agostino, *Filosofía del diritto*, Giappichelli, citado en Schiavello, Aldo, “L’eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, Italia, núm. 8, 2008, p. 20.

racional de contenidos normativo-jurídicos; y ii) la “tesis de la relación”, conforme a la cual existe una relación constitutiva entre el derecho y la ética; dicho en palabras de Brian Bix, esa tesis sostiene que “no se puede comprender propiamente o describir el derecho sin una evaluación moral”...³⁵

En consecuencia, el iusnaturalismo es un conjunto de ideas (una ideología), una teoría, una corriente del pensamiento jurídico sobre el derecho y la justicia cuyos pilares son: 1) el binomio *derecho natural-derecho positivo* y 2) su contenido axiológico como fuente suficiente para una obligación normativa. Si bien el derecho natural da muestra de sí en esta corriente no son lo mismo, toda vez que éste último alude a un conjunto de principios y criterios que tienen como característica el ser universales en todo tiempo y toda sociedad; vale la pena recordar a este respecto que numerosas son las doctrinas éticas que buscan el ser universales, quizá por ello el derecho natural proyecte ese fin. A propósito de la ética y el derecho Aristóteles en algunas de sus obras contrasta la ley natural con la divina, la ley natural con la de los hombres o bien la *ley particular con la común*, lo que desde un enfoque ético nos permite un acercamiento al derecho natural:

“Llamo ley de una parte, a la que es particular y, de otra, a la que es común. <Ley> *particular* es la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo, y esta es unas veces no escrita y otras veces escrita. *Común*, en cambio, es la <ley> conforme a la naturaleza, porque existe -algo que todos adivinan- comúnmente <considerado como> justo o injusto por naturaleza aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres...”³⁶

En Aristóteles el Derecho Natural es lo justo o injusto por naturaleza, es un derecho que no requiere mayores formalidades ni mucho menos que derive de algún consenso racional, basta lo que haya designado el mundo para los hombres,

³⁵ Massini Correas, Carlos, “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, *Dikaion*, Colombia, año 24 - VOL. 19, núm. 2 - 399-425 - Chía, diciembre 2010, pp. 407-408.

³⁶ Retórica 1, 1373b5.

así por ejemplo en la Antigua Grecia, un esclavo no tenía por qué tener derechos si ni siquiera era considerado humano,³⁷ otorgarle derechos a un esclavo era pretender darle derechos a cualquier objeto lo que simplemente era impensable. Sin hacer a un lado las tesis sobre la justicia expuestas por Aristóteles pero tampoco profundizando en este capítulo en ellas vale la pena mencionar que, según Bobbio, en el libro V de la *Ética Nicomáquea* el filósofo griego perfectamente “distingue y delimita dos esferas de normas, distintas por el ámbito y el fundamento de la validez, pero no necesariamente contrapuestas y mucho menos recíprocamente excluyentes.”³⁸

El trabajo de Hobbes resulta más complejo ya que para explicar la gran diversidad que lo rodeaba es decir, las diferentes conductas humanas, recurre al individualismo metodológico y evidentemente a argumentos iusnaturalistas explicando en su obra maestra el *Leviatán*, la condición natural del género humano y su dificultad para relacionarse. Hobbes atribuye sus pensamientos a los seres similares a él (las personas) pues si se asemejan a él en apariencia por qué no habrían de hacerlo también en pensamiento.

Aplicando un caso conocido (su propia persona) al desconocido (los demás) considera que si él tiene hambre comerá lo que tiene a su alcance y que si él previene sus necesidades de alimentación, vestido y seguridad posiblemente otros que piensen como él (los demás seres humanos) también lo harán. Ya afirmaba el filósofo inglés que *de la igualdad se sigue la desconfianza* y de esto la anticipación para la satisfacción de las necesidades. De ello se desprende la guerra de todos contra todos puesto que *el lobo es el lobo del hombre*, y que para evitar *devorarnos* unos a otros es necesario un contrato.

El Derecho Natural en Hobbes se reduce a un contrato en el que los deseos y las pasiones de los hombres se someterán a lo que determine el *gran Leviatán*, es decir, el poder del gobernante. Por tal razón la ley natural está destinada sólo a

³⁷ Vale la pena recordar que entre los griegos sólo los ciudadanos tenían derechos civiles y políticos. Las mujeres y esclavos *por su naturaleza* carecían de ellos.

³⁸ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y...*, óp. cit., p. 123.

los gobernados y así, para hallar el orden social se someterán todos a lo que el gobernante determine pues previamente ha sido legitimado. Hobbes insiste en *el mal* que la condición natural de los hombres acarrea y a partir de este juicio justifica y resalta la necesidad del derecho. Nótese que defiende y aporta varios de los principios del naturalismo jurídico, pero del mismo modo, contribuye con los fundamentos del ius positivismo.

Leo Strauss también se remite al derecho natural no sólo realizando una aproximación histórica sino que al igual que Hobbes exhorta a los hombres a dejar el estado natural, para transformarse en un buen ciudadano ya que sólo a través de positivizar lo natural este último derecho tendría fuerza. Strauss no busca un derecho natural que solamente contenga a la justicia sino que además conserve la individualidad en sociedad. Concluye señalando que el derecho debe sufrir un proceso natural ya que sólo eso traslada al orden. Las palabras del germano-estadounidense indican lo siguiente:

“...la génesis del orden social saludable no debe ser un proceso guiado por la reflexión sino que debe aproximarse todo lo posible a un proceso natural, imperceptible: lo natural es lo individual, y lo universal es una creación del entendimiento [...] el libre desarrollo de los individuos en su individualidad, lejos de conducir al caos, produce el mejor orden...”³⁹

Lo expuesto por Strauss se asemeja al concepto que concibe al derecho natural como "un orden moral definido por los valores de la persona humana, al que se le añade la calificación de 'derecho' para indicar no tanto pretensión de ser derecho (derecho positivo), sino en la medida en que se convierta en derecho"⁴⁰ esto es, trascender la parte de validez para llegar en sí a lo justo (dado que derecho y justicia en los naturalistas tienen cierta afinidad). No obstante, Bobbio emprendería

³⁹ Strauss, Leo, *Derecho natural e historia*, trad. de Luciano Noretto, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2014, pp. 346-347.

⁴⁰ Cfr. Schiavello, Aldo, *óp. cit.*, p. 22.

una crítica en la que sostiene que “el derecho natural es un derecho desarmado”⁴¹ empero, reconoce la fuerza ideológica y teórica del iusnaturalismo a lo largo de la historia lo que lo conduce a aportar tres conceptos de derecho natural uno según el iusnaturalismo escolástico, otro el racionalista moderno y uno más según el iusnaturalismo hobbesiano.

El primero de ellos, explica, que el derecho natural es “...el conjunto de principios éticos primeros muy generales, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de reglas de derecho positivo...”⁴² El segundo se refiere al derecho natural como “la parte preceptiva de la regla, aquella que atribuye la calificación normativa a un determinado comportamiento [...] que tiene como destinatarios no sólo al legislador sino también a los individuos singulares.”⁴³ El tercero señala que el derecho natural es “el fundamento o sostén de todo el orden jurídico positivo [...] la función del derecho natural es pura y simplemente la de dar un fundamento de legitimidad al poder del legislador humano, prescribiendo a los súbditos la obediencia a todo aquello que ordena el soberano.”⁴⁴

Otra concepción del derecho natural señala que

“...el derecho natural forma parte de la moral, rige la conducta social de los hombres relacionada con la justicia y el bien común del derecho natural. Es un verdadero derecho en la medida en que en la sociedad es obligatorio para todos. Al ser parte de la moral el derecho natural es inmutable y universal en sus principios, pero mutable en sus aplicaciones pues éstas dependen de la variabilidad de las circunstancias. Dicho de otra manera, el Derecho Natural es el conjunto de máximas fundamentadas en la equidad, justicia y sentido

⁴¹ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y...*, óp. cit., p. 156.

⁴² *Ibidem*, p. 124.

⁴³ *Ídem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 125.

común, que se imponen al legislador mismo y nacen de las exigencias de la naturaleza biológica, racional y social del hombre.”⁴⁵

Por su parte Preciado Hernández enuncia el contenido del derecho natural diciendo que “El derecho natural comprende los criterios supremos rectores de la vida social, así como todos los principios necesarios para la organización de la convivencia humana, fundados en la naturaleza racional, libre y sociable del hombre”⁴⁶ En tanto que Cabanellas señala que su base se encuentra “en los principios permanentes de lo justo y de lo injusto, se admite que la naturaleza dicta o inspira a todos los hombres, como si la unanimidad entre los mismos fuera posible; aspiración que el Derecho Positivo tiende a concretar como ideal humano”⁴⁷

De lo propuesto por Preciado y Cabanellas destaca el lugar que ocupan los principios ya que no se limitan a ser el fundamento del derecho natural sino que además son el pilar para la convivencia social, son una necesidad para el orden social cuya teleología se haya en la justicia, aspiración humana que da sentido al derecho. Ya que exponer el tema del iusnaturalismo requiere de un gran análisis y extensión, se finalizará este apartado señalando qué es el derecho según los naturalistas a partir de los comentarios de dos ilustres juristas italianos Norberto Bobbio y Gaetano Carcaterra.

Bobbio realizó un amplio estudio relativo al iusnaturalismo, estableciendo que es una corriente jurídica cuya forma de definir al derecho es partiendo de la justicia “el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia. Una ley no conforme con esta, *non est lex sed corruptio legis*.”⁴⁸ Por lo que respecta a Carcaterra en *Presupposti e strumenti della scienza giuridica* destina un extracto relativo al concepto de Derecho en el que explica al iusnaturalismo acentuando los aportes de Aristóteles y Tomas de Aquino. Por tal razón el concepto

⁴⁵ Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho, Editorial Porrúa, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Clasificación de derecho, http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/ifsp_conceptosjuridicosfundamentales-1.pdf

⁴⁶ Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2011, p. 213.

⁴⁷ Arellano García, Carlos, Las grandes divisiones del derecho, Derecho vigente, derecho natural y derecho positivo, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art1.pdf>

⁴⁸ Bobbio, Norberto, Teoría general del derecho, Bogotá, Temis, 1987, p. 27.

de derecho es afín al de derecho natural y es definido como “el conjunto de las cosas que es justo hacer o no hacer, y que deriva en modo necesario de la naturaleza del hombre, de las tendencias o propósitos que se imprimen en ella.”⁴⁹

En suma, para la corriente iusnaturalista el concepto de derecho atiende a aquellos principios éticos que rigen la vida humana y que encuentran su génesis en dicha naturaleza, si bien en un principio esto causaba grandes problemas, en la actualidad *el derecho propuesto* por la corriente iusnaturalista busca ser un conjunto de principios racionales, que tengan inferencia en la vida social y normativa, en donde no se hable simplemente de justicia como algo abstracto e ideal sino que lo justo devenga real.

1.2.2. Positivism jurídico

En las líneas antes expuestas se anticipó el lugar que ocupa el positivismo jurídico dentro las corrientes que tratan de definir al derecho; la opinión más difundida al respecto arguye que el ius positivismo hace frente a la corriente naturalista, es más, que es completamente opuesto a ella. Toda vez que la vía de la opinión resulta insuficiente para obtener conocimiento acerca de lo qué es el derecho, esta sección será destinada a presentar algunas de las tesis propuestas por los principales representantes del positivismo jurídico las que no sólo enunciarán el concepto de derecho sino también sus implicaciones.

Ya que en esta investigación ha sido utilizado el término positivismo jurídico para hacer referencia a una teoría jurídica, pues el propósito del presente capítulo es elaborar una exposición puramente descriptiva de algunas de las problemáticas entorno al concepto derecho, es idóneo recordar la triple distinción hecha por Norberto Bobbio en la que positivismo jurídico puede ser un *modo de acercarse al estudio del derecho*, una *teoría o concepción del derecho* o una *ideología de la justicia*.

⁴⁹ Carcaterra, Gaetano, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli editore, 2012, p. 12.

“Por ‘modo de acercarse al estudio del derecho’, entiendo [...] la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación. Por ‘teoría’ entiendo un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y explicación global de ella. Por ‘ideología’ entiendo cierta forma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consiente de valores, se expresa en juicios de valor que atienden a ejercer cualquier fuerza sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa.”⁵⁰

Como modo de acercarse al derecho positivo se refiere a la muy citada diferencia entre ser y deber ser, en la que el Derecho se asume de forma “a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores.”⁵¹ De lo anteriormente citado, se concluye que mientras el iusnaturalismo se aproxima al fenómeno jurídico a partir de los valores en el que el Derecho debería ser lo justo, para el positivismo el Derecho está presente en las reglas.

El positivismo, como teoría, es la explicación que se da a partir del vínculo entre lo jurídico y el Estado y en la que el Derecho son las reglas dadas por éste.

⁵⁰ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 5a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 1997, p. 40.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 41-42

Tal concepción radica en el hecho de que a lo largo de la historia el análisis referente en torno al derecho encaminaba al “estudio de las reglas que los juristas elaboraban como derecho vigente [las que] eran puestas directa o indirectamente por órganos del Estado”⁵²

El positivismo como ideología “representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho idea.”⁵³ En este sentido “el derecho, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante es justo”⁵⁴ Este positivismo *radical* considera que la voluntad del más fuerte es lo que mejor conviene para la sociedad y por tanto lo justo. Iguala al derecho del poderoso con la justicia sin advertir que incluso aquel que gobierna sobre toda una nación podría cometer injusticias, es más, podría imponer un sistema de normas de las que deriven diversos anacronismos que perjudiquen a la sociedad teniendo un efecto contrario al que busca el derecho (el desorden).

En el pensamiento de H. L. A. Hart el positivismo jurídico es “la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así.”⁵⁵ Lejos de aportar algún concepto específico acerca de lo que es el positivismo Hart expresa tal comentario con el fin de sentar las bases de su teoría a desarrollar, en la que no solamente va a diferenciar entre el objeto del derecho y el de la ética, ya que no niega la presencia de esta última dentro del fenómeno jurídico. Sin embargo, se encarga de resaltar que el derecho trasciende a lo moral y lo hace argumentando, criticando y cuestionándose acerca de lo que es y de lo que se ha creído que es el derecho.

⁵² *Ibíd.*, p. 44.

⁵³ *Ibíd.*, p. 46-47.

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3a ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 230.

Hans Kelsen, famoso por su *Teoría Pura del Derecho* en la que pretende depurarlo de toda consideración moral o política con el fin de determinar su objeto, procura también delimitarlo y responder al cuestionamiento de lo que es y lo que conlleva. Para poder responder a esa pregunta Kelsen separa al Derecho de otras ciencias ya que si bien tienen puntos en común no son lo mismo, es más, subraya que precisamente esas aproximaciones son las que conducen a la confusión. Por ejemplo, se ha reclamado del derecho fines sociales sin embargo, se pierde de vista que el derecho es la herramienta para llevar a cabo dichos fines; separar al derecho de la política pudiera ser complicado; no obstante Kelsen lo considera necesario tanto por la razón teleológica como por la ontológica.

Kelsen busca obtener respuestas del derecho excluyendo todo lo extraño al fenómeno jurídico, muy similar a lo propuesto por Émile Durkheim en la sociología. Durkheim por cuestiones metodológicas plantea estudiar al hecho social como una cosa (no por que se trate de algo material sino por sus características). El sociólogo francés señala que el hecho social debe ser depurado de toda consideración ajena al mismo para realmente poder ser analizado. Ciertamente, el positivismo de Comte posteriormente perfeccionado por Durkheim, marco la obra de Kelsen y evidentemente su concepto de Derecho y toda vez que éste ha tenido gran trascendencia en la enseñanza del Derecho, lo conveniente será explicarlo, cuidando que en ese mismo acto que sus propiedades sean indicadas.

El enunciado que define al Derecho como un conjunto de normas jurídicas que regula la vida en sociedad es precisamente el concepto aportado por Kelsen quien también lo define como el objeto del conocimiento jurídico, “el derecho es una ordenación normativa del comportamiento humano [...] es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano.”⁵⁶ En virtud de que el jurista identifica al derecho como el orden (normativo) primeramente habrá que puntualizarse que orden refiere a:

⁵⁶ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1982, p. 18.

“un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es [...] una norma fundante de la cual deriva la validez de todas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden.”⁵⁷

Una segunda palabra clave en la definición de Kelsen es “norma” la cual puede ser entendida como:

1) *Esquema de explicitación conceptual.* Con esto Kelsen se refiere a que determinado acontecimiento tiene un sentido jurídico cuando en la materia (de que esta hecho) de una norma se haya contenido es decir, cuando el acto puede ser explicado no en cuanto acto (sociológico, ético, político etc.) sino cuando puede ser explicitado según esa norma jurídica.

“...el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa [...] La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma [...] Esto es: que el contenido de un suceso fáctico coincide con el contenido de una norma tenida por válida.”⁵⁸

2) *Algo que deba ser o producirse.* Ya que el Derecho es definido como el sistema normativo, es necesaria la presencia de normas que regulen la conducta humana, las que habrán de señalar el modo de comportarse y los actos conforme a derecho o contrarios a él. Asimismo Kelsen añade que la norma regula toda acción

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 44.

⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 17-18.

ya que tanto permite como prohíbe y en este sentido la define como “un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma [...] es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser.”⁵⁹

3) *Como juicio de valor.* En decir, que la norma funcione como un criterio que señale que acción es buena o mala socialmente. “Sólo un hecho real puede ser enjuiciado, cuando se le coteja con una norma, como valioso o desvalioso; puede tener un valor positivo o negativo. Lo que es valorado es la realidad”⁶⁰ pero cabe señalar que no es una valoración que quede al arbitrio de un hombre o una entidad abstracta y desconocida, sino que dicha valoración a de provenir de un consenso que se supone racional.

En la definición de orden la palabra norma va acompañada de una condición que le da la calidad de jurídica es decir, la validez. Una norma es válida, según Kelsen, cuando “obliga a quien está dirigida y se encuentra autorizada por una ley impositiva, que faculte cierto acto.”⁶¹ En concordancia con dicha facultad subraya la importancia del acto legislativo el cual le otorga el sentido de validez a dicha norma siempre y cuando derive de la constitución.

No obstante, la validez de una norma también puede derivar de la costumbre. “Cuando los hombres, que conviven socialmente, actúan durante cierto tiempo bajo ciertas condiciones idénticas, de algún modo igual, surge en cada individuo la voluntad de actuar en la manera como los miembros de la sociedad consuetudinariamente actúan.”⁶² Pero ya que de la costumbre se originan tanto normas morales, como normas jurídicas es forzoso que las normas jurídicas se establezcan dentro de la constitución de la comunidad.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 19.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 31.

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 21-22.

⁶² *Ibíd.*, p. 23.

Aunado a lo anterior para que una norma jurídica sea considerada como válida tiene que:

- 1) Regular el comportamiento humano adecuándolo a los hechos, por lo menos hasta cierto grado.
- 2) Tener un mínimo de la llamada *efectividad*.
- 3) Prescribir una conducta humana o los efectos de esta.

En este acto Kelsen también señala los ámbitos de validez de la norma:

1) Personal. Establecer la conducta determinada de los sujetos que deberán acatar la norma; 2) Espacial y 3) Temporal. Que establezca el lugar y el momento en el que determinada conducta que debe realizarse; y 4) Material. El contenido.

De lo anteriormente señalado Kelsen finaliza definiendo al Derecho como un orden de la conducta humana, un orden coactivo y como orden coactivo normativo.

Por *orden de la conducta humana* se refiere a lo que habrán de regular las normas es decir, la obligación de cumplir con el comportamiento establecido en la norma ya que “la autoridad jurídica exige una determinada conducta humana sólo porque –con razón o sin ella- la considera valiosa para la comunidad jurídica de los hombres. Esta relación a la comunidad jurídica es, a la postre, decisiva también para la relación jurídica del comportamiento humano que se encuentra en relación individual con respecto de otro determinado hombre.”⁶³

Kelsen resalta que la obligación de actuar conforme a lo prescrito en la norma es característico de los sistemas sociales civilizados, pues en algunas civilizaciones antiguas dicho comportamiento era exigido para los animales y algunas cosas inanimadas.

El Derecho como *orden coactivo* alude a que dentro de un sistema social algo tomado como mal, debe ser sancionado. “Que el derecho sea un orden coactivo

⁶³ *Ibíd*em, p. 46

quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica. No significa que, en todos los casos, su ejecución involucre el empleo de la fuerza física. Ello sucede sólo cuando se opone resistencia a la ejecución...”⁶⁴

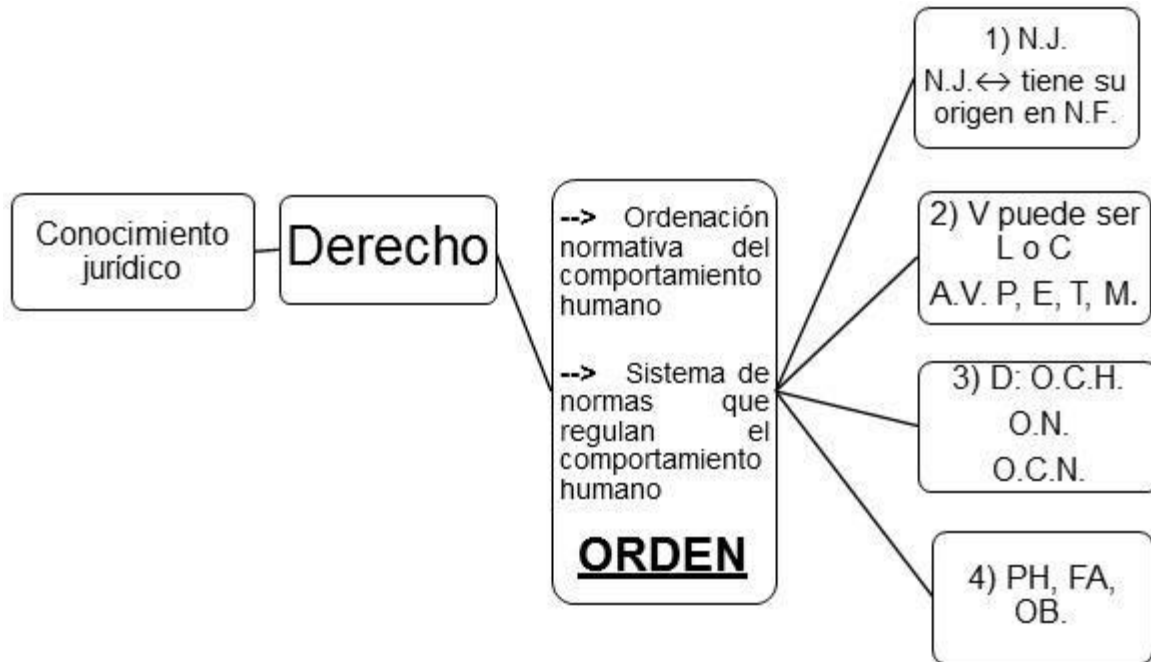
Ya que el derecho no opera igual que las amenazas, Kelsen señala la función del derecho como el *orden coactivo normativo* en el que no se limita a imprimir la generalidad de las normas, sino que también es aquí donde el derecho es definido, pues si bien es el orden que regula la conducta humana el cual tiene a diferencia de otros ordenes el ser un sistema cuya característica principal es la coacción la cual se distingue de cualquier otra por su constitución y su sentido objetivo, asimismo, otra nota propia del derecho es su origen, la fuente de donde emana y que le da tal carácter.

“Reconocemos en el acto del tribunal el cumplimiento de una ley; es decir, de normas más generales que estatuyen actos de coacción, normas que no consideramos solamente como el sentido subjetivo, sino como el sentido efectivo de un acto efectuado por determinados hombres, que justamente por ello entendemos como un órgano legislativo. Hacemos esto porque vemos el acto legislativo como el cumplimiento de la constitución, es decir, de normas más generales que, según su sentido subjetivo, justamente facultan a esos hombres a dictar normas generales que estatuyen actos de coacción.”⁶⁵

En síntesis, el Derecho es un sistema de normas jurídicas válidas que regulan la conducta humana, las cuales establecen actos de coacción en caso de que se actualice una condición que la requiera, es decir cuando se actúa en contra de lo prescrito por las normas, ello con el fin de preservar el orden dentro de la comunidad. Con el fin de facilitar el concepto de derecho de Kelsen se propone el siguiente esquema.

⁶⁴ *Ibíd*em, p. 47

⁶⁵ *Ibíd*em, p. 59



* Esquema 1. Elaboración propia. *El objeto del conocimiento jurídico de acuerdo de Hans Kelsen.* Ya que el derecho es un orden normativo. El cuadro uno comienza explicando que la norma jurídica es tal si y sólo si deriva de una norma fundante es decir, si encuentra su génesis en la Constitución. El cuadro dos explica que la validez puede ser legislativa o consuetudinaria, asimismo, señala los ámbitos de validez: personal, espacial, temporal y material. El cuadro tres indica que el derecho es un orden de la conducta humana, un orden coactivo y como orden coactivo normativo, razón por la que el derecho (como indica el cuadro cuatro) prohíbe, faculta u obliga.

El concepto aportado por Kelsen no es crítica al iusnaturalismo ni se funda como objeción a los derechos naturales pues para él basta con sembrar la idea de la pureza metodológica en el estudio del derecho. Sin embargo, no todos comparten esta opinión, es más, el concepto de derecho dentro del círculo positivista ha sido constantemente discutido y reformulado incluyendo otros elementos para conceptualizar al derecho ya sea partiendo de la crítica o a partir de obras que son el fundamento de diversas investigaciones. En los párrafos sucesivos se presentarán algunos de los argumentos positivistas con sus respectivas concepciones de derecho, algunos de estos estudios son previos a los realizados por Kelsen quien incluso se remitió a ellos para la elaboración de su teoría jurídica. De igual forma el siguiente apartado permitirá constatar una evolución en el pensamiento jurídico.

El primer concepto a analizar es el aportado por John Austin. El jurista británico es mejor conocido por brindar un enfoque analítico en el derecho no obstante, gran parte de su pensamiento se ve permeado por el positivismo en el que separa la ley de la moral ello con el mismo motivo que Kelsen: analizar al derecho que es y no al que debería ser. Influenciado por el filósofo y economista Jeremías Bentham padre del utilitarismo quien no sólo se escandaliza de los derechos naturales sino que además los desconoce como tales “No conozco ningún derecho natural excepto aquellos que son creados por la utilidad general, aunque incluso en este sentido sería mucho mejor no escuchar nunca este tipo de palabras.”⁶⁶

Lo enunciado de Bentham de modo alguno tuvo trascendencia en Austin quien tras una excelente formación como jurista termina definiendo al derecho de una forma singular y característica de la corriente positivista. El deber y la sanción establecidos en la norma son esenciales para comprender el concepto del profesor de jurisprudencia, quien lo formula del siguiente modo: “Toda norma jurídica (law) es un mandato o, mejor, las normas son propiamente hablando mandatos...”⁶⁷

Ya que el jurista inglés entiende al derecho como mandato subraya que no se trata de cualquier orden sino que tiene ciertas particularidades que lo distinguen “de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito de la parte que manda de infligir un daño o pena, en caso de que el mandato no sea atendido...Un mandato se distingue de otras significaciones de deseo por esta peculiaridad: la parte a quien el mandato se encuentra dirigida está expuesta a un mal por parte de la otra, en caso que no se conforme al deseo.”⁶⁸

De lo precedente se deriva que 1) si hay un mandato entonces hay un vínculo que contiene una obligación intrínseca y 2) si no se cumple con dicho mandato

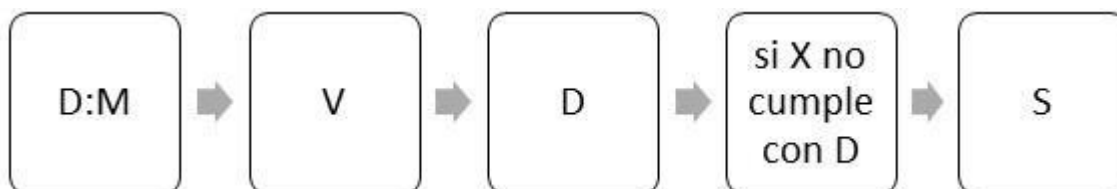
⁶⁶ Hart, H. L.A., Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill, Oxford, 1982, p. 147, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r20205.pdf>

⁶⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, La Teoría del Derecho de John Austin, p. 566, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2108/31.pdf>

⁶⁸ Idem.

existe una sanción. Austin comenta que: “mandato y deber son, por tanto, términos correlativos: el significado denotado por cada uno se encuentra implícito o supuesto por el otro [...] donde sea que un deber exista un mandato ha sido expresado, y donde quiera que un mandato es expresado un deber es impuesto”⁶⁹ Por lo que respecta a la sanción señala que “Donde existe una sanción, así sea esta leve o insuficiente, existe un deber y un mandato.”⁷⁰

El concepto de derecho aportado por Austin es menos complejo que el propuesto por Kelsen ya que el primero ve al derecho como una relación de causa-efecto en la que si no se cumple un mandato entonces hay una sanción en consecuencia sus elementos son menos y las relaciones derivadas de ellos son lineales. El siguiente esquema dilucida lo antes expuesto.



* Esquema 2. Elaboración propia. *El derecho como mandato en la Teoría de Austin*. D es derecho y M mandato ya que el derecho son mandatos estos generan un (V) vínculo el cual contiene un (D) deber, que si no es cumplido por X (sujeto) entonces hay una (S) sanción. Véase Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, óp. cit., 99.

Según H.L.A. Hart el concepto de Austin carece de elementos para afirmar que el derecho son mandatos por lo que en su libro titulado *El concepto de derecho* se ocupara de definirlo. Aseverar que el derecho son ordenes coercitivas del soberano le resta características esenciales al sistema jurídico ya que este no sólo se compone de ordenes (prohibiciones y obligaciones) y castigos (penas) sino que también otorga facultades a los gobernados. Asimismo, el soberano no es la única autoridad del sistema por lo que definir al derecho de la forma en que lo hizo Austin es negar la existencia de la autoridad legislativa y judicial. En este punto se debe

⁶⁹ *Ibidem*, p. 567

⁷⁰ *Idem*.

prestar especial atención ya que afirmar tal cosa llevaría a negar las diversas formas de creación de las normas jurídicas, y ya que es esencial para el presente estudio dicho tema será retomado con posterioridad.

Éstas y otras cuestiones hacen que Hart defina al Derecho como la “unión de reglas primarias y secundarias.”⁷¹ Las del primer tipo o primarias “...prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no...”⁷² las primarias según Austin serían suficientes para definir al derecho en virtud de que son órdenes que obligan o prohíben determinadas conductas sin embargo, Hart observa que no son las únicas por lo que para definir al derecho agrega un segundo grupo de reglas a las que denomina como secundarias indicando que éstas dependen de las del primer grupo toda vez que “establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación.”⁷³ De tal forma que mientras “las del primer tipo imponen deberes; las del segundo grupo confieren potestades públicas y privadas.”⁷⁴

Con el fin de demostrar la existencia de las reglas secundarias, el teórico inglés, señala que en una pequeña comunidad como las primitivas un sistema jurídico basado únicamente en reglas primarias no tendría problema siempre y cuando 1) restrinjan la violencia, el robo o el engaño, 2) acepten las reglas y 3) haya una identidad entre los individuos pertenecientes a dicha comunidad ya sea por sentimiento o por parentesco. Empero, si no se cumplen esas tres condiciones las reglas primarias carecen de fuerza para su funcionamiento lo que obliga a completar el sistema jurídico.

Hart sin limitarse a realizar una crítica al concepto de Derecho de Austin, consideró perfeccionarlo dándole en primer momento solución a tres defectos que

⁷¹ Hart, H. L. A., óp. cit., 99.

⁷² *Ibídem*, p. 101.

⁷³ *Ídem*.

⁷⁴ *Ídem*.

previó si únicamente existieran las reglas primarias. Al primero de ellos lo denomina falta de certeza, al segundo carácter estático de las reglas y al tercero ineficiencia de la difusa presión social; según Hart cada uno de estos se resuelve cuando se complementan las reglas primarias con las secundarias.

La *falta de certeza* es un defecto que se refleja cuando “surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada”⁷⁵ y se le da solución con la “introducción de lo que llamaremos una ‘regla de reconocimiento’ (*rule of recognition*)”.⁷⁶ Esta regla se encargara de delimitar el alcance de una regla primaria así como confirmará la pertenencia o no de una regla al sistema jurídico, siempre tomando en cuenta su naturaleza jurídica.

El *carácter estático de las reglas*. Aunque según el teórico no se ha presentado en ninguna comunidad debe estar presente para en un momento poder darle solución. Dicho problema impediría “cambiar deliberadamente las reglas generales [y que] las obligaciones que ellas imponen en los casos particulares no podrían ser variadas o modificadas por la elección deliberada de ningún individuo.”⁷⁷ Por lo que los deberes serían fijos, sin embargo, la solución se halla en las denominadas *reglas de cambio*. “La forma más simple de tal regla es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo [...] y las reglas además de especificar las personas que han de legislar, pueden definir de forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación.”⁷⁸

La *ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas* aparece cuando una “no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación”⁷⁹ de una regla. Ante tal problema la solución será complementar las reglas primarias con las denominadas *reglas de adjudicación* las cuales se ocupan de “identificar a los

⁷⁵ Ibídem, p. 114.

⁷⁶ Ibídem, p. 117.

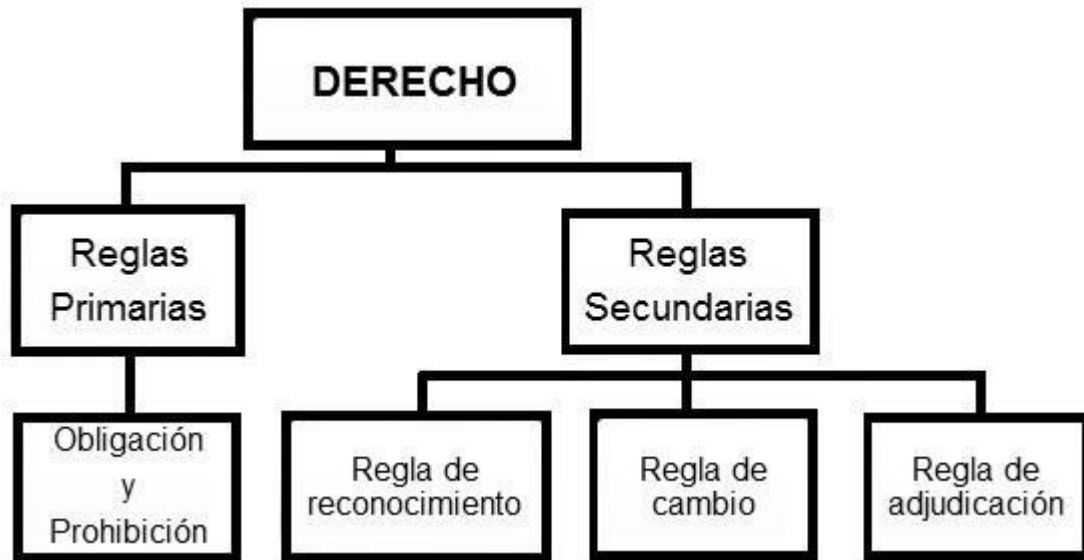
⁷⁷ Ibídem, p. 116.

⁷⁸ Ibídem, p. 119.

⁷⁹ Ibídem, p. 116.

individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir [asimismo] acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones.”⁸⁰

Ya que el concepto de derecho para Hart es de gran extensión, únicamente se esquematizara lo expuesto de la siguiente manera:



*Esquema 3. Elaboración propia. *El derecho como unión de reglas primarias y secundarias en la Teoría de Hart.*

Además de los conceptos de derecho para el ius positivismo ya citados se pueden encontrar otros en virtud de que es una corriente que ha desarrollado bastante teoría, sin embargo, casi siempre tendrán como característica común el que definan al derecho como un conjunto de normas, en algunos conceptos se negara el aspecto moral o en su caso se pretenderá depurar al derecho de cualquier cuestión moral sin que ello implique negar su existencia en el plano jurídico y en otros conceptos más la justicia se reducirá a la validez de las normas.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 120.

1.2.3. Realismo jurídico

Además de las dos corrientes de pensamiento previas, existe una con el mismo grado de importancia: el ius realismo. El nombre de dicha doctrina obedece a la forma en que se concibe al derecho pues a diferencia del naturalismo y del positivismo jurídico, el realismo no toma en consideración a las normas ni a los valores para definir al derecho ya que uno y otro son parte del denominado *mundo del deber ser*. Contrario a ello, al realismo le atañe *lo que es*, en ese sentido, sugieren que el objeto de estudio del derecho son los hechos.

Con el fin de comprender el fenómeno jurídico los realistas: a) contrarían los conceptos esenciales de la ciencia jurídica tales como norma, validez, sanción entre otros; b) analizan los valores y niegan la existencia del derecho natural; c) se discute sobre la certeza y la *indeterminación del derecho*,⁸¹ y d) en la mayoría de los realistas está presente el escepticismo jurídico.

El realismo jurídico se desarrolla en Europa específicamente en Suecia, Dinamarca, Italia y Francia, al igual que en Estados Unidos de América, y ya que los países mencionados corresponden a familias jurídicas diversas la doctrina ha decidido dividirlos en dos tipos: 1) el realismo jurídico europeo-continental y 2) el realismo jurídico americano.

El primero de ellos data del siglo XX y a su vez se clasifica en realismo jurídico escandinavo, italiano y francés. Respecto al realismo escandinavo su principal exponente es el danés Alf Ross sin embargo, como se verá más adelante no es el único. En Italia destacan Tarello y Castignone, mientras que Michel Troper obtiene información a partir de lo que percibe como docente en Francia.

El realismo jurídico escandinavo es iniciado por el sueco Axel Hägerström quien considera que “la única realidad cognoscible son los hechos naturales,

⁸¹ Ver: Barberis, Mauro, *El realismo jurídico europeo-continental, Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, (versión electrónica)*, Vol. I, México, IIJ-UNAM, 2015.

mientras que los valores deben ser considerados metafísica”⁸² de tal afirmación se desprenden los fundamentos de la teoría del realismo jurídico que en primer lugar tratará de depurar al derecho de valores, postura muy similar a la del ius positivismo y aún más al positivismo sociológico, para posteriormente objetar el lenguaje normativo indicando que “expresiones como ‘derecho subjetivo’, ‘propiedad’ o ‘Estado’ no designan absolutamente nada sino que deberían ser expulsadas del lenguaje científico.”⁸³

Una tesis igual de interesante es la que apunta que la validez es una creencia en el derecho. Lo que ocurre en realidad es un miedo al castigo el cual se deriva de la desobediencia de los miembros de una sociedad o, a la inversa pudiera suceder que la obligatoriedad provenga del interés en el premio por su acatamiento. “Ésta sería la única cosa que correspondería en la realidad a lo que los juristas llaman ‘validez’ u ‘obligatoriedad’ de las normas.”⁸⁴ El miedo o el interés de las personas por el resultado de la inobservancia o cumplimiento de una norma son algo que ocurre o no en el pensamiento de cada individuo. Además de tratarse de un pensamiento particular, contrario a la generalidad de una norma, traería como consecuencias el desorden, algo que con la validez de la norma se trata de contrarrestar.

Ross en su libro *Sobre el derecho y la justicia*, retoma el concepto de validez en el derecho resaltando que “derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos de derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (experienced and felt) como socialmente obligatorias.”⁸⁵ Del concepto aportado por Ross se desprenden dos de las corrientes del pensamiento jurídico. En primer lugar el realismo ya que señala que la llamada validez del derecho no es más que la forma de vivir el derecho en la

⁸² Barberis, Mauro, *El realismo jurídico europeo-continenta*, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, (versión electrónica)*, Vol. I, México, IJ-UNAM, 2015, p. 228.

⁸³ *Ibíd*em, p. 229.

⁸⁴ Barberis, Mauro, *óp. cit.*, p. 229.

⁸⁵ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, p. 18.

sociedad es decir la aplicación del derecho que los operadores jurídicos consideran obligatorio y en segundo lugar la corriente ius analítica a la que posteriormente se hará alusión.

Por lo que respecta al realismo jurídico italiano, la escuela de Tarello es esencial, ya que su pensamiento va encaminado al problema de la interpretación, lo que hace a su teoría por un lado realista pero también analítica. El genovés comienza, al igual que otros ius realistas, con una crítica al positivismo jurídico pero lo que va a diferenciar su estudio con el de otros es la distinción que hace de la norma como texto del *discurso legislativo y como significado*⁸⁶.

La norma, como discurso, admite diversas interpretaciones. “De este modo, Tarello sustituye la única e indistinta noción de norma, característica de la doctrina tradicional, por dos nociones más precisas.”⁸⁷ Tarello trae a una nueva cuenta el problema de la validez del derecho anteriormente tratado por Ross pero, aplica su doble visión de las normas a ella, por tanto, sugiere que hay tanto validez (o invalidez) en el texto como validez (o invalidez) en el significado es decir hay doble validez o invalidez. Dicho problema aunado al de las múltiples interpretaciones en las normas genera en el filósofo del derecho italiano bastante incertidumbre de ahí que su doctrina esencialmente sea una teoría del derecho en el que en escepticismo jurídico es un tema fundamental.

La función que normalmente se le atribuye a la jurisprudencia supone desentrañar el derecho, dar claridad a las normas mas no crearlas. No obstante, de acuerdo al *Título Cuarto Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y a la tesis aislada con rubro: **JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES**.⁸⁸ La jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias

⁸⁶ Guastini, Riccardo, óp. cit., p. 33.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Novena Época, Registro: 183029, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Octubre de 2003, Materia Común, Tesis: IX.1o.71 K, p. 1039.

que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. La que puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador. La jurisprudencia interpretativa está contemplada en el artículo 14 de la Constitución Federal, en tanto previene que en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley; y la jurisprudencia tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación, y como tal, es decir, en tanto constituye la interpretación de la ley, la jurisprudencia será válida mientras esté vigente la norma que interpreta.

Para Tarello el derecho es un derecho vivo, un derecho que existe en la praxis, y en razón de ello la experiencia jurídica se manifiesta en la interpretación. Dicha interpretación dará como resultado las normas jurídicas. Tal aserción lleva a considerar a la norma como un estándar con vacíos legislativos, de modo que la norma legislativa tendrá el carácter de norma si es interpretada por una autoridad jurisdiccional.

El derecho así explicado, es una creación de los jueces. “Derecho debería entenderse, entonces, no ya el conjunto de los enunciados normativos emanados del legislador, sino más bien el conjunto de las normas que de esos enunciados extraen los intérpretes”⁸⁹. En virtud de lo anterior, Tarello les delega un poder creador a los jueces los que a toda costa deberán evitar indeterminaciones y ambigüedades en la interpretación.

El pensamiento de Giovanni Tarello sigue presente en el realismo jurídico italiano en el que también destacan Silvana Castignone quien se encarga de analizar el realismo jurídico escandinavo. Así como por Riccardo Guastini alumno

⁸⁹ Guastini, Riccardo, óp. cit., p. 37.

de Tarello y Paolo Comanducci ambos estudiosos de la teoría de la interpretación jurídica y del ius realismo aunque también dignos representantes y defensores de la concepción metaética del derecho.

Para finalizar la exposición relativa al realismo jurídico europeo, es necesario exponer parte de las tesis de Michel Troper quien fundamenta su teoría en los siguientes elementos:

“i) la idea de Kelsen de que las normas superiores –en particular la constitución– delega en órganos la producción de normas inferiores, como leyes y sentencias; ii) la teoría escandinava y genovesa según la cual la interpretación es en realidad producción de derecho (producción potencialmente ilimitada, al menos en los casos de los tribunales superiores); iii) la idea –original aunque típicamente realista– según la cual las relaciones político-constitucionales limitan de hecho este poder potencialmente ilimitado.”⁹⁰

El pensamiento del realista francés se encuentra justificado en la teoría que retoma de Tarello en la que el derecho es producto de la interpretación normativa. De tal forma que si la tesis ii) es válida para Troper sin duda alguna la i) también lo será es decir, si el derecho es el resultado de la interpretación jurisdiccional entonces la norma “x” es válida si fue creada por un órgano competente, en este caso los tribunales tienen competencia por lo que su norma tiene la misma jerarquía y valor que una norma creada por un órgano legislativo. En este sentido iii) es consecuente de ii) esto es, el pensamiento político impreso en las normas legislativas funge como límite al poder creador del juez ya que si la norma es un estándar se ve en el operador jurídico un simple autómatas y no un productor de normas (cuestión importante para el desarrollo de este trabajo).

El realismo jurídico de los países europeos indudablemente se aleja del realismo de los Estados Unidos de América básicamente por tres cuestiones: 1) la

⁹⁰ Barberis, Mauro, óp. cit., p. 233.

aplicación del derecho hace que la experiencia jurídica se adquiera de una forma diversa ya que 2) tienen fuentes y tradiciones jurídicas distintas lo que provoca 3) que se haga una crítica al derecho desde diversos enfoques esto es, a diferencia de lo ocurrido en Europa en donde los debates eran propios de la academia el realismo jurídico americano no sólo tuvo participación de filósofos del derecho sino también de notables juristas, jueces, abogados y estudiosos de otras ciencias como por ejemplo la psicología. Y aunque también se origina en el siglo XX la forma en que viven el derecho no es muy similar.

En Italia con Tarello o en Francia con Troper, la autoridad jurisdiccional cobra vital importancia, a un grado tal que a los jueces se les delega un poder ilimitado y se les atribuye el rol de creadores del derecho. En Estados Unidos, en cambio, desde un inicio el juez tiene un poder considerable pero, a diferencia de lo que ocurre en Italia el juez no es un autómatasino un juez con posibilidades de crear derecho. Mientras que en los círculos de filósofos y juristas de Italia se discutía acerca de la naturaleza del derecho, sus fuentes o si el juez es o no es esencial para la creación del mismo; en Estados Unidos la lucha contra el formalismo ya era manifiesta desde años anteriores.

Oliver Wendell Holmes, Jr. fue pieza clave para entender dicha lucha, en su obra *The Common Law* el jurista objeta la rigidez del derecho, indicando a su vez que el objeto de su libro es el de presentar una visión general del derecho común. Arguyendo que para ello se requieren además de la lógica otras herramientas en virtud de que:

“The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to

know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation.”⁹¹

Lo expresado por Holmes, resalta la idea de que el derecho no solamente es lógica y lenguaje, sino que es experiencia, necesidades de la sociedad y su época, así como su sistema de valores, su moral, sus teorías políticas, sus instituciones y en rol de los jueces en relación con sus semejantes. Para Holmes la ley es la historia del desarrollo de una nación y para saber lo que la ley, es deber remitirse a lo que ha sido y será.

El realismo jurídico estadounidense iniciado por Holmes, habría que perfeccionarlo, para ello se requería un análisis, vale decir multidisciplinario, el cual ya no sólo iba dirigido hacia la forma de interpretación del juez sino también a las causas, los efectos y el contenido de una decisión jurisdiccional. Derivado de dicho estudio el realismo jurídico americano se clasificó en dos grupos a los que se les llamo el Ala Sociológica y el Ala Idiosincrática.

El Ala Sociológica estaba representada por Oliphant, Moore, Llewellyn y Felix Cohen⁹² “quienes pensaban que las decisiones judiciales caen dentro de patrones predecibles, aunque patrones que no eran predecibles simplemente mirando a las reglas jurídicas existentes. De este hecho, los realistas infirieron que varias fuerzas ‘sociales’ deben operar sobre los jueces para forzarlos a responder a los hechos en

⁹¹ La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías morales y políticas prevaletientes, intuiciones de orden público, declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes, han tenido bastante más que hacer que el silogismo en la determinación de las reglas por el cual los hombres deben ser gobernados. La ley encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos, y no puede ser tratada como si contuviera sólo los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Con el fin de saber lo que es, debemos saber lo que ha sido, y a lo que tiende a convertirse. Debemos consultar alternativamente historia y las teorías existentes de la legislación. Traducción propia. Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, University of Toronto Law School, Typographical Society, September 21, 2011, p. 5.

⁹² El Realismo Jurídico en un principio estaba representado por Oliver Wendell Holmes Jr. Quien fue un jurista y juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Herman Oliphant fue un profesor de la Universidad Johns Hopkins. Karl Llewellyn fue un destacado jurista estadounidense. Underhill Moore fue un jurista y profesor de la Universidad de Yale. Felix Cohen prestigioso abogado estadounidense.

formas similares y predecibles.”⁹³ En pocas palabras este grupo pretendía “identificar y describir –no justificar– los patrones de decisión; [para ello] las ciencias sociales eran una herramienta para adelantar esta tarea no-normativa.”⁹⁴ Por ejemplo la psicología era el instrumento para aproximarse al pensamiento que habría de influir en una decisión. Un ejemplo más son las ciencias económicas las cuales fungen como instrumento de observación, en específico, las reglas comerciales eran un estándar utilizado por los jueces, lo que permitía predecir los escenarios que posteriormente influirían en la decisión del juez.

El segundo grupo llamado Ala Idiosincrática del Realismo

“...ejemplificada de forma más prominente por Frank y el juez Hutcheson afirmaba que lo que determina la respuesta de los jueces a los hechos de un caso particular, son hechos idiosincráticos acerca de la psicología o personalidad del juez individual. Así, Frank notoriamente afirmó que la ‘personalidad del juez el hecho central en la administración del derecho’.”⁹⁵

Este grupo a partir de la psicología pretendía identificar un perfil común que permitiera analizar a los jueces.

Nótese, que la investigación del realismo americano se enfoca en el juez no ya como autoridad que resuelve un caso en concreto sino como persona cuya personalidad, afectos y estímulos serán un elemento primordial para una decisión judicial de modo que se centran en los hechos propios del juez “los Estímulos que afectan al juez más la Personalidad del juez = Decisión.”⁹⁶ Previo a los postulados de las Alas de pensamiento se sostenían otras tesis las que medularmente señalaban:

⁹³ Leiter, Brian, *Realismo jurídico estadounidense. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, (versión electrónica), Vol. I, México, IJ-UNAM, 2015, p. 249.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 255.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 249.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 250.

1) *El derecho era indeterminado.* Con esto se referían a que:

“...era racionalmente indeterminado, en el sentido de que la clase de razones disponibles no justifican una única decisión (al menos en aquellos casos que alcanzan la etapa de revisión en apelación); pero, segundo, que el derecho también era causal o explicativamente indeterminado, en el sentido de que las razones jurídicas no son suficientes para explicar por qué los jueces deciden en la forma en que lo hacen. La indeterminación causal implica interminación racional bajo el supuesto de que los jueces responden a las razones jurídicas (justificatorias) aplicables...”⁹⁷

La tesis de la indeterminación se resume en la pregunta ¿Por qué los jueces toman x decisión en x caso? Es decir, se pretenden comprender las causas de una decisión de un juez ya que en algunos casos las premisas de un argumento no llevan a determinada conclusión. En este punto es analizado el problema de la corrupción, la ignorancia de los juzgadores, la incompetencia, la emotividad, entre otras cuestiones que pueden interferir en un fallo judicial.

2) *La interpretación de un precedente.* Los realistas americanos observaban que si los precedentes pueden ser interpretados en sentido amplio y en sentido estricto esto provocaría que “el precedente, como FUENTE DE DERECHO, no puede proporcionar razones para un resultado único, porque más de una regla puede extraerse del mismo precedente.”⁹⁸ Esto es, que la interpretación siempre sería válida pero no muchas veces la adecuada al caso, ello según Brian Leiter, debido a la latitud que hay en la indeterminación lo que genera su vez el problema del alcance.

3) *El alcance de la clase de razones jurídicas:* es decir, la clase de razones que los jueces pueden adecuadamente invocar en la justificación de una decisión. Los realistas parecen asumir que las fuentes legítimas del derecho se agotan en los

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 243.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 244.

estatutos y el precedente, dado que ellos se enfocan, casi exclusivamente, en los métodos incompatibles pero igualmente legítimos de INTERPRETACIÓN de estatutos y precedentes para establecer la indeterminación del derecho.⁹⁹ Este punto no fue expuesto como tal por los realistas sin embargo señala Leiter que se encuentra implícito en la indeterminación, dicho problema se genera en los variados argumentos en los que un juez puede justificar su decisión pues como ya se dijo va ligado al punto anterior en virtud de que si hay diferentes interpretaciones de un precedente habrá una indeterminación en el fallo.

Aparte de las ya citadas, existe una tesis fundamental para el realismo estadounidense:

4) *La Afirmación Central*, una vez que se acordó de que el derecho era indeterminado se indicó que:

“al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas [...] Llewellyn es representativo cuando se pregunta, ‘¿Estoy sugiriendo que... las *reglas aceptadas*, las reglas que los jueces dicen que aplican, no tienen ninguna influencia en su conducta real?’, y responde, ‘No.’”¹⁰⁰

El propósito de la afirmación del realista americano es evidenciar que las reglas jurídicas forman parte de la decisión judicial sin embargo, no son el todo para llegar a tomar dicha decisión.

Son diversos los representantes del realismo jurídico, por tal motivo de forma meramente enunciativa se presentara a un último representante: Lord Browne-Wilkinson juez británico quien señalaba que “En verdad, los jueces hacen y cambian el Derecho. La totalidad del Common Law es creación del juez y solo mediante la modificación judicial en el Derecho, el Common Law conserva su vigencia en un

⁹⁹ *Ibidem*, p. 245.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 248.

mundo cambiante."¹⁰¹ Como podrá advertirse, el pensamiento de Lord Browne-Wilkinson contiene el elemento principal del ius realismo: el Derecho es la praxis judicial.

Para concluir con este punto; bastará decir que el ius realismo es una corriente de pensamiento jurídico que en el caso europeo concibe al Derecho como producto de la interpretación por parte de las autoridades jurisdiccionales, por lo que respecta al caso americano no se propone un concepto de Derecho sino más bien se analizó la práctica de las Cortes y se pretendió predecir las decisiones de los jueces, es decir no se debatió el concepto de Derecho sino los efectos de éste.

1.2.4. Ius analítica

Como anteriormente fue señalado, pretender agrupar en escuelas la forma de analizar el fenómeno jurídico es una labor complicada ya que no se trata de aportaciones uniformes sino de algunos pensamientos afines, no obstante, es importante señalar a la ius analítica como otra forma de razonar, de estudiar, de concebir el derecho ya que esto nos permitirá observar algunos de los avances, objeciones y críticas que se presentan en la filosofía y teoría jurídica. En palabras de Hart el objetivo principal de dicha corriente es la de brindar "...un panorama o mapa más claro de aquellos rasgos de los conceptos jurídicos que los diferencian de los conceptos usuales, relativamente fáciles de comprender, y que exhiba manifiestamente su modo distintivo de operar"¹⁰² es decir, tiene como fin aclarar los conceptos jurídicos y la forma en que operan.

Dicha corriente retoma varias de las tesis de lo que en algunas partes del mundo se ha denominado filosofía analítica. La filosofía analítica señala Michael Dummett "no denota una escuela, sino un grupo de escuelas que comparten ciertos

¹⁰¹ Lord Browne-Wilkinson, en Whittaker Simon, El Precedente en el Derecho Inglés: Una visión desde la Ciudadela, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003

¹⁰² Clifford L. Pannam, El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho, p. 76, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-profesor-hart-y-la-filosofia-analitica-del-derecho.pdf

presupuestos básicos aunque difieren de todas las otras maneras posibles.”¹⁰³ Pese a lo anterior, podría decirse que algunos representantes de estos grupos son Frege, Carnap o Dummett, ello en razón de que

“Ha habido un acercamiento considerable entre las distintas ramas de la filosofía analítica; y esto se ha debido a tres hechos relacionados. En primer lugar, el cada vez mayor conocimiento y atención prestados a las obras de Frege [...] En segundo lugar, el trabajo de los filósofos norteamericanos es hoy en día cada vez más influyente de lo que nunca había sido en Inglaterra [...] Por último, como causa o consecuencia de los dos primeros hechos, el foco de interés dentro de la disciplina ha variado. Por muchas décadas, la rama más vigorosa de la filosofía dentro de Inglaterra fue la filosofía psicológica -el estudio de cuestiones sobre los motivos, las intenciones, el placer, etcétera: ahora es la filosofía del lenguaje.”¹⁰⁴

Los filósofos analíticos en su mayoría, además de una formación filosófica tenían estudios en el área de las ciencias por lo que recurrir al lenguaje lógico era algo natural en sus investigaciones, asimismo, mostraban un especial interés por el estudio del lenguaje y por el análisis lógico de los conceptos, pero al ser grupos tan variados no eran sus únicas inquietudes ya que sus investigaciones también versaban sobre cuestiones matemáticas, procesos mentales, etc.

Dummett sostiene que los diversos grupos de filosofía analítica tienen en común “primero, que el propósito de la filosofía es el de analizar la estructura del *pensamiento*; y, en segundo lugar, que el estudio del *pensamiento* ha de distinguirse claramente del estudio del proceso psicológico del *pensar*, y por último, que el único método propio para analizar el *pensamiento* consiste en el análisis del lenguaje”¹⁰⁵

¹⁰³ Dummett, Michael, *La verdad y otros enigmas*, trad. de Alfredo Herrera Patiño, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 534.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 537-536.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 556.

El lenguaje cobra vital importancia en las investigaciones de dicha filosofía a tal grado que se apunta que “Para Frege, como para todos los filósofos analíticos posteriores la filosofía del lenguaje es el fundamento de todas las demás filosofías, pues sólo mediante el lenguaje podemos analizar el pensamiento.”¹⁰⁶ Esta visión fue compartida por los filósofos y teóricos del derecho quienes procurando restar las ambigüedades y transformar el modo de enseñar, aprender y aplicar el derecho ofrecieron como solución el análisis de la naturaleza de los conceptos jurídicos John Austin, por ejemplo, señala:

“...el obstáculo que alza el lenguaje técnico para la comprensión de sistemas extraños podría, en parte, suprimirse o paliarse para el estudiante de la jurisprudencia en general, si esta ciencia le fuera competentemente expuesta en la forma en que yo tratara de hacerlo. Si la exposición de esta ciencia fuera realizada de acuerdo con dicho método, se explicaría incidentalmente, tanto los términos más importantes como los principios fundamentales del derecho romano o civil. Y una vez que el estudiante se hubiera apropiado estos términos y conociera también perfectamente el derecho de su país, dominaría con poca dificultad la materia del sistema romano y de cualquiera de los demás sistemas que derivan en esencial del romano.”¹⁰⁷

Estudiar y establecer conceptos claros, según Austin, es esencial para la práctica del Derecho ya que conociendo su significado la praxis jurídica se hace más sencilla. De ahí que su trabajo si bien tuviera enfoques positivistas éste no sólo versaba en un positivismo que pudiera ser llamado legislativo sino también contaba con un positivismo lógico lo que desde luego propicio al desarrollo de la ius analítica. Austin criticaba la ignorancia de los términos por parte de los tratadistas indicando que “Seducidos por un criterio falaz, se imaginan que porque las expresiones les son familiares, la significación es sencilla y cierta”¹⁰⁸

¹⁰⁶ *Ibíd*em, p. 539.

¹⁰⁷ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 45

¹⁰⁸ *Ibíd*em, p. 16.

De igual manera, le preocupaba la dificultad de definir términos del Derecho. En primer lugar, por la relación derecho-moral y en segundo porque explicar un término lo llevaría a explicar otro y así sucesivamente haciendo de una definición una cadena infinita de definiciones debido a que no son términos sencillos de exponer. No obstante, consideraba que era la solución para algunas problemáticas que se presentan en el campo jurídico. El instrumento perfecto para Austin era la lógica ya que permitiría delimitar el estudio de las ciencias morales y de las jurídicas además de que “el estudio del elemento racional en el derecho es tan adecuado o casi tan adecuado como el de las matemáticas para ejercitar la mente en el proceso de deducción desde hipótesis dadas.”¹⁰⁹

En Austin el análisis de los conceptos y la determinación de ellos permitirían distinguir al derecho de la moral, al derecho escrito del que no lo es, en fin permitirían cierta precisión conceptual lo que llevaría a una menor problemática en la aplicación del derecho. Esta inquietud habría de ser heredada a Hart quien posteriormente señalaría que parte del escepticismo jurídico derivaba de la poca claridad en las reglas. La poca claridad en las reglas trae consigo la necesidad de la interpretación. En México este hecho puede ocurrir, al igual que la presencia de lagunas sin embargo, no es exclusivo de nuestro sistema jurídico pues de haber sido así Hart no habría dedicado gran parte de su teoría al estudio de la vaguedad en el lenguaje. Así, insiste en la importancia de análisis de los términos pues señala que:

“...no es virtud de una peculiaridad de términos complejos como ‘derecho’ y ‘sistema jurídico’ que estamos forzados a aceptar que hay casos típicos claros y casos límites discutibles. [...] es menester hacer esta distinción respecto de casi todos los términos generales que usamos para clasificar características de la vida humana y del mundo en que vivimos...”¹¹⁰

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 50.

¹¹⁰ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 5.

Acompañando su argumento con ejemplos de la vida cotidiana el jurista inglés anticipa la complejidad del lenguaje jurídico comenzando por ilustrar que a diferencia de otros estudiosos de las ciencias pudiendo ser esta la biología, la medicina, etc., los juristas han pretendido definir al derecho sin que se haya logrado algo. La palabra derecho o sistema jurídico no es tan fácil de definir ni siquiera partiendo de sus características, no es un término que funcione a través de indicar un género próximo y su diferencia específica. Pero ello no es impedimento para que Hart desarrolle una serie de tesis que muestran la trascendencia de la claridad o falta de ella en el lenguaje, así como la dificultad de éste.

En el caso de los juristas italianos, Riccardo Guastini señala que Norberto Bobbio es una de las figuras destacadas del estudio analítico del Derecho, en virtud de la importancia que presta al análisis del lenguaje en sus obras. Afirmando incluso que “Toda la teoría de Bobbio, en efecto, se funda en la simple idea de que las normas jurídicas no son más que enunciados prescriptivos.”¹¹¹

Igualmente explica que para Bobbio “Las normas jurídicas son entidades que únicamente pueden ser producidas por actos lingüísticos normativos”¹¹² Según Guastini, Bobbio es un representante de la ius analítica por la forma en que define a las normas y al ser positivista e identificar al derecho con las normas hace a su vez que identifique al derecho con el lenguaje, así para Bobbio el derecho son actos lingüísticos.

“...El derecho nos es nada más que un discurso: las normas son comunicaciones lingüísticas prescriptivas, es decir, enunciados (ni verdaderos ni falsos) dirigidos a modificar la conducta humana [los que además de] cumplir con una función represiva tienen una función promocional...”¹¹³

Los argumentos de Bobbio en diversas de sus obras son asistidos por un lenguaje lógico lo que hace de sus críticas grandes aportes a la filosofía y teoría del

¹¹¹Guastini, Riccardo, op. cit., p. 59.

¹¹² Ibídem, p. 65.

¹¹³ Ibídem, p. 66.

derecho. De ese modo, en el jurista italiano ninguna de las tres corrientes anteriormente expuestas sirven para definir al derecho, a las normas, o a lo que implican cada uno de esos conceptos, y en virtud de ello elabora su propia teoría la que de forma esencial enriqueció la investigación jurídica.

Las contribuciones de Bobbio así como lo sugerido por los filósofos del derecho ingles ya mencionados nos hacen presumir que si bien para la corriente ius analítica el derecho son normas (al igual el positivismo) éstas son lenguaje por lo que surge la necesidad de conocer los términos y restar su vaguedad.

1.2.5. Anti positivismo (post-positivismo) jurídico

Las propuestas teóricas previamente indicadas en su momento fueron útiles para la solución de problemas en las diversas áreas del derecho. Cada uno de los grupos y escuelas aquí mencionados impulsaron de forma significativa no sólo la investigación sino también mejoraron la práctica jurídica pero, al igual que en otras ciencias en el derecho los conceptos y teorías que en determinado tiempo sirvieron como soluciones en otras épocas deben ser renovadas.

El anti positivismo o el también denominado post-positivismo, aparece brindando un nuevo enfoque y poniendo en tela de juicio tesis de las que poco se dudaba lo que ofreció una perspectiva en donde puntos que en apariencia eran contradictorios ahora confluyen. El post-positivismo que expondremos será solo desde el enfoque de Ronald Dworkin ya que es uno de sus principales precursores. Ronald Myles Dworkin fue un filósofo del derecho estadounidense quien presto especial atención a la naturaleza del derecho, fue profesor en la Universidad de Oxford, donde sucedió a H. L. A. Hart.

El acercamiento entre el filósofo del derecho inglés y el filósofo del derecho estadounidense no se presentó exclusivamente en las aulas pues de éstos se desprende un importante debate para la filosofía jurídica actual. Dworkin a diferencia de Hart no considera que el derecho únicamente sean reglas por lo que elabora una teoría que explica al derecho, sus fuentes y su metodología de una forma distinta y en la que derecho-moral comparten un mismo espacio.

Para Dworkin prescindir de lo moral en el ámbito jurídico es excluir a la justicia del Derecho, empero, no es un naturalista que cree en el derecho natural ni tampoco pretende defender e imponer un sistema de valores. Para su investigación retoma varias de las tesis hasta aquí planteadas por las diversas corrientes del derecho sin embargo, no asume ninguna. En *Los derechos en serio*, por ejemplo, esboza gran parte de su teoría ya que trata:

“1) la gran controversia política sobre qué es el derecho y quién y cuándo debe obedecerlo; 2) explica y distingue la teoría de la legislación, la teoría de la adjudicación y la teoría de la obediencia al derecho; 3) ofrece una teoría normativa de la función judicial, que subraya la distinción entre argumentos de principios y argumentos políticos; 4) critica el debate del activismo y restricción judicial; 5) analiza la Teoría de la Justicia de Rawls; 6) analiza los casos de incertidumbre y controversia referentes a los derechos legales; 7) estudia el derecho de libertad y de igualdad al mismo tiempo que los contrapone con el fin de demostrar que uno no excluye al otro y 8) argumenta en favor del reconocimiento de ciertos derechos específicos.”¹¹⁴

Su obra, como es de advertirse, es amplia al igual que sus aportaciones, por tal razón exclusivamente se expondrán tres de sus críticas a otras teorías jurídicas (el nominalismo, el positivismo de Austin y el positivismo de Hart), así como la diferencia que hace entre reglas y principios para concluir con su concepto de derecho, pues para Dworkin es esencial determinar al derecho y a la obligación jurídica.

1) Crítica al nominalismo. En ella el filósofo americano resalta la incredulidad de los nominalistas a la existencia del derecho pues argumenta que para ellos el derecho es “una serie de normas intemporales almacenadas en algún depósito en

¹¹⁴ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Martha Guastavino, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pp. 31-42

espera de que los jueces las descubran y que cuando hablamos de obligación jurídica pensamos en las cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven en normas misteriosas.”¹¹⁵ A diferencia de las objeciones posteriores a esta no le dedica gran parte de su trabajo ya que considera que sus argumentos no están justificados y peor aún, que al constatarlos con la realidad se quedan vacíos convirtiéndose en invenciones cuyo fin es el atacar a la jurisprudencia mecánica y de cuyos autores no pueden dar razón.

Antes de exponer los argumentos con los Dworkin pretende refutar el positivismo de Austin y de Hart, se enunciara lo que él denominó *esqueleto del positivismo*, el cual representa una crítica al positivismo en general.

“El esqueleto del positivismo está constituido por unas cuantas proposiciones centrales [...]

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar que comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos [...]

b) El conjunto de normas jurídicas válidas agota el concepto de <<derecho>>, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir <<aplicando la ley>>. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que <<ejercer su discreción>>, lo que significa ir más allá en busca de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente.

c) Decir que alguien tiene una <<obligación jurídica>> equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 63.

le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga [...] En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue de que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto [...]

Esto no es más que el armazón del positivismo [...] las diferentes versiones se apartan entre sí del certificado de origen que debe satisfacer una norma para que sea considerada norma jurídica.”¹¹⁶

Lo citado previamente, según Dworkin, son pensamientos comunes entre los positivistas jurídicos, lo que en un problema teórico pudiera ser no tan problemático como lo es en la práctica específicamente cuando se trata de los denominados casos difíciles, es decir, aquellos casos en los que se requiere ir más allá de lo expresado en la norma. Para el filósofo estadounidense este es uno de los puntos principales para justificar sus objeciones sin embargo, habrá que examinarse de manera específica en cada uno de los positivistas ya citados.

2) Crítica al positivismo de Austin. Comienza repasando el concepto de derecho de Austin, recuérdese que para el inglés el derecho son normas las que a su vez son definidas como mandatos generales. Un mandato se define como el deseo de que determinadas personas actúen como lo determina el soberano y en el que en caso de incumplimiento habrá una sanción la cual consiste en un castigo. Si bien Austin distingue las clases de normas, tal distinción recae sobre quien las emite. De tal forma que una norma tiene el carácter de jurídica si es emitida por exclusivamente por un poder soberano.

Dworkin crítica el concepto de derecho de Austin, argumentando que de un término inmediatamente se sigue otro, lo que acarrea una serie de conceptos que a su vez conducen a un segundo problema: los casos difíciles, los cuales sólo habrán de resolverse con la discrecionalidad del juez. Una objeción más al jurista inglés, es respecto a lo que él admite como normas pues según Austin son tales si son

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 65.

emitidas por un soberano. Dworkin en cambio, no concuerda que el derecho exclusivamente emane de una autoridad legislativa o ejecutiva.

3) Crítica al positivismo de Hart. Dworkin estudia el positivismo de Hart reconociendo su aportación al derecho la cual consiste en distinguir entre reglas primarias y reglas secundarias. No obstante, al retomar su concepto de derecho, el filósofo estadounidense advierte que se sólo trata de un conjunto de reglas primarias y secundarias que regulan la conducta humana. No le resta méritos a la teoría del inglés cuando distingue entre la validez de una norma y su aceptación por parte de la comunidad, pero la tan innovadora regla de reconocimiento de Hart, en Dworkin no causa gran conmoción, de modo que cree que tal concepto no se aparta tanto del de Austin y del de otros positivistas.

Del modelo de Hart las principales críticas derivan del concepto de derecho pero también de la anteriormente explicada textura abierta. Según Dworkin los casos difíciles de Austin y la textura abierta de Hart son considerados como los inevitables límites del derecho que es concebido como conjunto de normas. Respecto al primero de ellos señala que si en los casos difíciles los jueces resuelven apelando a su discreción del juez entonces están resolviendo mediante una legislación nueva. En cuanto al segundo, indica que la textura abierta de las normas produce límites inciertos. Para resolver ambas problemáticas Dworkin propone cambiar el enfoque tradicional. Sugiriendo primeramente ya no hablar exclusivamente de reglas sino que propone incluir principios, directrices políticas y otras pautas. En este sentido, es vital comprender que son los principios, las directrices políticas y otras pautas.

“El término <<principio>>, en sentido genérico refiere a todo el conjunto de los estándares que no son normas. Llamo <<directriz>> o <<directriz política>>* al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Llamo <<principio>> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure alguna situación económica, política o social que se considera

deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”¹¹⁷

El aporte de Dworkin es la inclusión de los principios dentro del derecho, así como diferenciar la función que tienen las normas de la que tienen los principios. En este último punto es necesario detenernos para indicar las diferencias entre normas o bien reglas y principios.

La primera diferencia es una distinción lógica. En palabras de Dworkin 1) ambas apuntan a la obligación jurídica sin embargo 2) difiere la orientación de cada una. Las reglas para el filósofo del derecho americano son disyuntivas, es decir, es o no es, o como él lo expresaría son *todo o nada*. En las reglas la acción radica en aceptarla o no, por lo que no se debe tomar una decisión fuera de esa. Aunado a que si se cumplen las condiciones previstas en ellas las consecuencias se siguen automáticamente, son enunciados con consecuencias lógicas.

Pero los principios no funcionan de igual manera. Éstos no tienen condiciones premeditadas para su aplicación. Los principios enuncian “...una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular.”¹¹⁸ Un principio tiene que ser tomado en cuenta por el juez en los casos que sean necesarios con el fin de tener una mejor orientación. Además de la distinción lógica que realiza Dworkin, agrega una segunda diferencia a la que llamara *dimensión del peso o importancia*.

Si hay conflictos entre reglas una sustituye a otra y no porque una sea más importante que otra dentro del sistema jurídico sino porque sólo una de ellas puede ser válida. Por ejemplo, cuando hay conflicto entre normas jurídicas se recurre a los criterios de interpretación (jerarquía, cronología y especialidad). Sin embargo cuando hay un conflicto entre principios la complejidad aumenta ya que quien ha de resolver dicha problemático deberá considerar tanto su peso como su importancia.

¹¹⁷ *Ibíd*em, p. 72.

¹¹⁸ *Ibíd*em, p. 76.

Tal característica es exclusiva de los principios en virtud de que se trata de *estándares jurídicos*.

Respecto a la obligación Dworkin señalaría que es ella quien da cuenta de la importancia de los principios ya que si se acepta la obligatoriedad de los principios entonces serán una norma que sirva como guía para el juez al momento de tomar una decisión respecto de un caso difícil. Si se niega su obligatoriedad el juez es libre de decidir de la mejor manera.

La figura del juez, es esencial dentro del modelo de derecho ya que sólo la autoridad jurisdiccional es quien podría resolver de manera racional un caso difícil a partir de principios y directrices ya no sólo de reglas. Argumentando en contra del positivismo de Hart y del utilitarismo de Bentham es como el filósofo del derecho estadounidense presentara un nuevo concepto de derecho en la que parte normativa se conserva pero a la que se le incrementará la parte axiológica anteriormente rechazada. Que en palabras de Rojas Amandi, se define de la siguiente manera:

“Dworkin piensa que, el derecho es un fenómeno social, que como tal es parte de la vida de los seres humanos y, que por lo mismo, debe ser concebido como una praxis que involucra relaciones sociales reales, más concretamente, una praxis de las partes de un proceso. Esta praxis jurídica –legal practice– hace necesaria una determinada concepción del derecho que resulta de lo que dichas partes han comprendido mediante la interpretación que está permitido o prohibido. La interpretación del derecho que llevan a cabo las partes de un proceso es la que realmente resulta relevante, pues como Dworkin señala el punto de vista de los teóricos pueden ser importantes sólo si adoptan el punto de vista de dichas partes.”¹¹⁹

¹¹⁹ Rojas Amandi, Víctor Manuel, El concepto de derecho de Ronald Dworkin, México, IIJ-UNAM, p. 396, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf>

Ya que para los post-positivistas la labor del juez es muy trascendental en el derecho se sigue que si bien para esta corriente el derecho son normas es también una práctica jurídica, y una interpretación del derecho en la que no se trata de inventar normas sino de descubrir su contenido a partir de los estándares y directrices políticas. Seguramente, habrán otras aportaciones de la teoría del filósofo estadounidense no obstante, nos limitaremos a previamente establecido.

1.3. Ideología en las corrientes jurídicas del Derecho

1.3.1. Dificultades y aportaciones de las corrientes jurídicas de Derecho

Definir al derecho como mandatos de carácter general, como un conjunto de reglas primarias y secundarias, como hechos, como lenguaje, como una praxis judicial o como principios de carácter moral, es ver sólo una parte como el todo, es decir, es reducir al fenómeno jurídico a uno de los aspectos que lo componen lo que genera una de las mayores problemáticas dentro de la filosofía jurídica. Difícilmente se podría definir al derecho, pese a ello ni los juristas ni los filósofos han dejado de interesarse en dicha labor; incluso gracias a su obstinación por definirlo se ha perfeccionado en su aspecto teórico como en el práctico.

Respecto al iusnaturalismo una de sus principales inconsistencias es pretender explicar lo justo a partir del derecho natural. Ya que esto genera grandes problemas como la justificación de determinada acción apelando a principios de derecho natural o al mismo tiempo oponerse a ese mismo acto. Ergo, la esclavitud en la antigua Grecia tenía como principal argumento el reconocimiento de derechos o la restricción de ellos a determinados singulares. Dicha acción hallaba su justificación en el derecho natural, pero al no ser un hecho propio de la Hélade en México tras la Conquista, fray Bartolomé de las Casas tratando de revindicar los derechos de los indígenas defiende su condición de humanos con argumentos también de derecho natural.

“...Bartolomé de las Casas, quien ante los múltiples problemas filosóficoteológicos que planteaba la conquista del Nuevo Mundo, no sólo consideró radicalmente injusta dicha empresa, sino que llegó a

establecer que los oriundos de estas tierras eran tan seres humanos como sus conquistadores por poseer la misma naturaleza humana que éstos, considerándolos de este modo iguales en condición y derechos a quienes los mantenían sometidos, y exigiendo así que a los indios se les respetase su libertad y posesiones. El fundamento último que sirvió a Las Casas para reivindicar dichos derechos no fue otro que el derecho natural...¹²⁰

Bobbio observa diversos problemas de la corriente naturalista, uno de estos es el de la falta de fuerza normativa pues a diferencia del derecho positivo en el que en caso de incumplimiento se prevé una sanción, el iusnaturalismo, esta desarmado. Un derecho que se basa en la moral o en las buenas intenciones crea una dificultad para su aplicación pues carece de un contenido coactivo próximo y real (si por ejemplo, la sanción es irse al infierno no es una sanción próxima ni mucho menos real). Un derecho que se queda en un plano puramente ético, es una quimera.

Un tercer problema radica en el progreso del derecho. Bobbio menciona que en algún momento el derecho natural fue la solución a variados conflictos, sin embargo en la actualidad tanto las instituciones jurídicas como el pensamiento jurídico han evolucionado de modo que los motivos para voltear la vista al iusnaturalismo es sólo (y muy importante) recordar el contenido moral que deben contener las normas de derecho positivo. Lo que al mismo tiempo es uno de los principales aportes de dicha escuela.

En cuanto al positivismo jurídico se retomara el ejemplo presentado en el diálogo *La República*, en el que la afirmación de Trasímaco "...lo justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte..."¹²¹ evoca al positivismo como ideología y sin que sea óbice el argumento de Sócrates, "...la justicia es excelencia y sabiduría y la injusticia, en cambio, malogro..."¹²², con el cual refuta a esta forma de

¹²⁰ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 7.

¹²¹ República 1, 338c3.

¹²² República 1, 350d6-7.

concebir lo justo. El problema se genera cuando se excluye a lo justo del derecho o bien cuando se confunde la validez con la justicia, esto en el transcurso de la historia ha servido como excusa para el abuso por parte de las autoridades así como para la justificación de algunos regímenes totalitarios como el del nacionalsocialismo, en el que si se determinaba matar a cierto grupo de personas por el hecho de que lo establecía la ley entonces debía respetarse.

El positivismo como ideología tiene algunas conexiones con lo ético-político de ahí que se asemeje a la justicia con derecho (sin que se trate de una tesis iusnaturalista) ya que manifiesta determinados valores de un grupo social. El positivismo jurídico cuando pretende depurar al derecho también genera conflictos ya que como constantemente se ha mencionado, el derecho no simplemente son normas sino es todo un fenómeno en el que participan diversos elementos. Sin embargo, no es de negarse que lo conveniente del positivismo jurídico, es la certeza que pudiera derivarse de las normas sin que ello implique un excesivo formalismo.

El realismo jurídico como una postura radical tiene como principal problema el pretender reducir el derecho a hechos, al grado de querer excluir el lenguaje jurídico del derecho. Si bien no se niega la existencia e importancia del conocimiento empírico, el buscar expulsar conceptos elaborados por la ciencia jurídica de inmediato le resta el carácter científico. Del derecho positivo se pueden derivar algunas problemáticas cuando se contrasta con la realidad, eso es indiscutible, pero de ahí a suprimir el lenguaje propiamente jurídico generaría más ambigüedades que las observadas por los realistas.

De igual manera, impediría conocer o mínimo saber lo que es el derecho, intención de las intenciones de las corrientes de pensamiento abordadas. Viene a colación lo planteado por Villoro en *Crear, saber, conocer* quien al respecto indica que conocer “supone formarnos un cuadro general acerca de cómo es el objeto y no sólo de como aparece a la aprensión inmediata.”¹²³ Por tanto, si bien los hechos

¹²³ Villoro alude a un objeto físico posteriormente se referirá a los conceptos, sin embargo, primeramente a lude a estas características del conocer con el fin de señalar la importancia del

son un elemento necesario para aproximarnos al derecho, no son un elemento suficiente. En primer lugar por la dificultad de la aprensión que cada uno puede tener del mismo y en segundo porque difícilmente se va a conocer la totalidad de un hecho. Pero al igual que todas las corrientes del pensamiento jurídico tiene sus aspectos rescatables, siendo uno de los principales los generados en la praxis jurídica, específicamente la evolución en las decisiones de las Cortes y en las de los jueces. Lo que a su vez conllevó a una teoría de las fuentes jurídicas más flexible que la del positivismo jurídico.

El problema de la *ius analítica*, al igual que el del positivismo jurídico, es el reducir el derecho a proposiciones normativas que prescriben determinadas acciones, sin embargo uno de sus principales aportes es la de mostrar a los juristas la necesidad de establecer conceptos claros, que es esencial para la práctica del derecho lo que incluso podría facilitar la comprensión de sistemas extraños.

Respecto al post-positivismo son más las aportaciones, en primer lugar el problema derecho-moral lo disminuye, pues indica que el derecho no son exclusivamente reglas sino también principios y al igual que el realismo resalta la labor del juez.

De lo anterior es posible concluir que: 1) todas las corrientes *ius filosóficas* tienen razón en cuanto a su propuesta del concepto de derecho o bien, 2) ninguna de ellas la tiene, toda vez que excluyeron partes sustanciales. Presumiendo que el primero de los enunciados es el correcto, es decir, todas las corrientes tienen razón en cuanto a su concepto, ninguna de ellas realizó la suma de todos los elementos, en consecuencia, no se abarca la totalidad del fenómeno jurídico.

1.3.2. Una Propuesta de Concepto de Derecho

Retomando los valiosos intentos por definir al Derecho así como las aportaciones de los filósofos y juristas, se **propone el siguiente concepto: *El***

formarse un cuadro general y no únicamente de alguno de sus elementos. Villoro, Luis, *Crear, saber, conocer*, 8ª ed., México, Siglo XXI, 2008, p. 202.

Derecho como reflejo documental de la razón: síntesis entre eticidad, normatividad, efectividad y racionalidad, del que se desprenden las nociones descritas a continuación:

1. Reflejo documental de la razón. El derecho no es ni puede ser algo natural. Es una creación emanada de la razón humana, por este motivo es el reflejo de ésta. En cuanto a documental nos referimos a la forma en cómo se presenta es decir, a la forma en que se objetiva el derecho siendo esta los diferentes códigos, reglamentos, resoluciones jurisdiccionales, etc. Por lo que respecta a las costumbres y los usos, si bien en muchos casos no se encuentran plasmados en algún escrito, no obstante, prueban la existencia del derecho como forma de regulación de sus conductas.

2. Eticidad. Como ya se advirtió en párrafos anteriores es necesario que las normas jurídicas tengan dentro de su contenido un aspecto moral¹²⁴, en virtud de que el Derecho es el consenso de una comunidad, el cual busca principalmente la justicia, la igualdad, la seguridad y el orden. Asimismo, el derecho al ser una creación de la comunidad, inevitablemente tiene una “pretensión de bondad”¹²⁵. La pretensión de bondad no es algo que debería ser, sino que es, tanto en la *Idea* de derecho como en la idea de la que todos son parte.

Si el derecho tiene pretensión de bondad, entonces hay “igualdad de derechos y efectivos medios para afirmar la vida humana, decidiendo con libertad y con participación simétrica.”¹²⁶ La participación simétrica no sólo alude a los gobernados sino también a las autoridades, pues son ellas las encargadas de conservar el orden o en caso de ser un orden jurídico fetichizado, de modificarlo.

¹²⁴ David Lyons entiende la moral desde dos enfoques. La moral positiva, es decir, aquella que es aceptada y compartida por un grupo social, por lo que es efectiva, y un segundo enfoque es el de la moral crítica, la que tiene como fin el cuestionamiento de las instituciones. El argumento de Lyons tiene como objetivo, el establecer una moral que reconozca los derechos de los otros. Véase Lyons David, *Ética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1989.

¹²⁵ Dussel, Enrique, 14 tesis de ética (El fundamento esencial del pensamiento crítico), Tesis 14, La pretensión crítica de bondad y el nuevo orden alternativo. <http://enriquedussel.com/txt/Cursos/14-tesis-Tesis14.pdf>

¹²⁶ Ídem.

3. Normatividad. Lo que distingue esencialmente al derecho es su contenido normativo, lejos de definirlo como mandatos o reglas primarias y secundarias, el derecho es un conjunto de normas jurídicas el cual tiene cuatro modalidades deónticas y dos tipos de expectativas correlativas a dichas modalidades. Luigi Ferrajoli quien concibe a los derechos y garantías como modalidades deónticas, indica que las Modalidades Deónticas indican “el cómo”, establecen una condición, y se dividen en 2 categorías:

1) Facultativas, las que a su vez se dividen en:

- a. Permiso a (hacer).
- b. Permiso a no (no hacer).

2) Vinculativas las que a su vez se dividen en:

- a. Obligación (Hacer). Con sanción.
- b. Prohibición (No hacer). Con sanción.

Por modalidad deóntica Ferrajoli entiende “figuras de calificación o situaciones por las cuales están calificados deónticamente los comportamientos.”¹²⁷ Mientras que a las expectativas deónticas, Ferrajoli las entiende como las figuras correlativas a dichas modalidades siendo estas, las expectativas positivas que son correlativas a la modalidad de obligación y expectativas negativas que son correlativas a la modalidad de la prohibición.¹²⁸

En esa tesitura, la parte normativa del derecho da significado pues prescriben qué se puede hacer, que se hace o que se omite, por esta razón dichas modalidades están en posibilidad de poder ser. Si se busca el orden dentro de una comunidad lo más conveniente es determinar de común acuerdo las reglas, así como esclarecer lo mayormente posible su significado, ello con el fin de brindar una certeza jurídica.

¹²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón y otros, Madrid, Trotta, p. 128.

¹²⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho...*, p. 135.

4. Efectividad. Este punto va de la mano con el anterior ya que si se ha dicho que el derecho en su parte normativa tiene modalidades y expectativas deónticas estas pueden ser efectivas o inefectivas según sea el caso. Evidentemente lo que se busca es su efectividad, ya que si se determina un derecho lo que se espera es que sea ejercitado y no violado o que si se determina una prohibición esta sea efectiva y en caso de ser transgredida sea castigada.¹²⁹ En resumen, por efectividad nos referimos a que los derechos de los gobernados estén garantizados.

5. Racionalidad. Ya quedo claro que el derecho son normas de la razón, es decir, son fruto de ella, pero por racionalidad también nos referiremos a la posibilidad que “(i) dentro del marco de las normas vigentes, (ii) tomando en cuenta los precedentes judiciales, (iii) enmarcada en la dogmática elaborada por la ciencia del derecho practicada institucionalmente...”¹³⁰, se satisfaga la exigencia de los enunciados jurídicos, ya que como apunta Robert Alexy “Los principios, como las reglas, no regulan por si mismos su aplicación. Los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con una teoría de la argumentación jurídica, que dice como sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada.”¹³¹

Además del contenido moral y de la deóntica de las normas que conforman el derecho es fundamental tener presente que, al igual que todas las creaciones en las que interviene el ser humano, el derecho puede ser falible. Añadiendo, el hecho de que no es posible prever todas las situaciones jurídicas; por tal motivo se requiere que el derecho como ciencia sea racionalmente adecuada, pero dicha racionalidad no debe ser dogmática pues ello nos haría caer en el error de que el derecho como normas de la razón no requieren de estudio alguno sino simple y llanamente su aplicación. Por tanto, la racionalidad a la que nos referimos es aquella a la que Alexy denominaría *teoría de la argumentación jurídica*.

¹²⁹ Véase La efectividad y la inefectividad de las modalidades y de las expectativas en Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón y otros, Madrid, Trotta, 2011.

¹³⁰ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 6ª ed., México, Fontamara, 2014, p. 86

¹³¹ *Ibidem*, pp. 20-21.

Si bien, la argumentación jurídica “no conduce hasta el punto de la seguridad del resultado”,¹³² sí brinda un panorama de las posibilidades para resolver una problemática en cuanto al contenido (alcance y protección) de las normas. No obstante, si la incertidumbre permanece se requiere de un cuarto procedimiento. Dicho procedimiento es el proceso judicial en el que “no sólo se argumenta, sino también se decide”¹³³, en virtud de las diversas posibilidades lógicas y discursivas que pudieran derivarse de la argumentación, pues son dables muchos resultados.

La síntesis de todas las condiciones anteriormente indicadas, permiten que el derecho sea tal; cada una de ellas es necesaria y cada una forma una parte del derecho, sin embargo, por si solas son insuficientes.

1.3.3. El Derecho como ideología

Ya se expuso la conexión entre Estado y Derecho, se distinguió a la filosofía de la teoría jurídica, asimismo, se presentaron algunas cuestiones recurrentes entorno al concepto de Derecho. En los últimos puntos, se propuso un concepto de Derecho y se formularon algunas críticas a las escuelas ius filosóficas. Dichas objeciones fueron realizadas a las posturas más radicales ello con el fin de evidenciar que dentro de cada una de éstas se defiende una ideología.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la ideología como un “Conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.”¹³⁴ Bobbio entiende dicho término como “cierta forma de posición frente a una realidad dada...”¹³⁵ e incluso señala que existe un positivismo como ideología y de manera análoga un iusnaturalismo el que se ostenta de la misma forma.

Para evidenciar como la ideología impera en uno de los aspectos más importantes que constituyen el derecho, esto es, la doctrina, basta con leer el

¹³² *Ibidem*, p. 88.

¹³³ *Ídem*.

¹³⁴ Voz: Ideología Diccionario de la Real Academia de la Lengua <http://dle.rae.es/?id=Ku9K9F3>

¹³⁵ Véase nota 48.

concepto de derecho que se ha propuesto por una sola de las escuelas jurídicas: el positivismo. Dicho concepto brinda algunos elementos de lo que es el Derecho pero no la totalidad, sin embargo, sirve para convencer a la mayoría de que lo que está plasmado en los enunciados normativos es el consenso y la solución a las exigencias de la sociedad y por tanto basta con un conjunto de normas jurídicas que regulen la vida en sociedad para que haya orden.

En el caso del iusnaturalismo, como se vio en párrafos anteriores, los principios que constituyen al derecho tales como la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, etc., quedan sujetos a la interpretación que brinde la ideología dominante de determinado contexto histórico y de cada sociedad (véase la esclavitud, defendida con argumentos naturalistas, en la antigua Grecia, o el caso de Bartolomé de las Casas quien también con argumentos iusnaturalistas se opuso a ella). Es así que dependiendo de la estructura ideológica que impere en cada sociedad, el derecho será definido, interpretado y aplicado.

Del análisis realizado precedentemente, también se advierte que el realismo defiende su pensamiento y marca un cambio en la forma de concebir y aplicar el derecho, ya que duda de los conceptos fundamentales de la teoría jurídica y de la efectividad de los sistemas jurídicos; rompiendo con el dogma de la certeza, característica del positivismo.

La ius analítica pretendió algo similar, ya que duda del significado de los enunciados y principios jurídicos, evidencia la indeterminación de los enunciados normativos y duda del significado que pudieran atribuirle los iusnaturalistas a principios como los de justicia, igualdad libertad, equidad; por lo que reduce el derecho a construcciones lingüísticas sin contenido moral sino exclusivamente prescriptivo.

En el post-positivismo o anti positivismo, como tal no se aprecia un conflicto ideológico, en virtud de que se regresa a la pugna suscitada entre el naturalismo y el positivismo, no obstante, representantes de dicha corriente como Dworkin o Alexy defienden sus posturas y abren paso a nuevos conflictos tales como el de la interpretación y la argumentación en el derecho.

Aunque el ius marxismo no fue explicado en las líneas que anteceden, es oportuno mencionarlo pues éste entiende al derecho como un medio de control social, sin duda alguna dicho concepto refleja una ideología.

En resumen, éste capítulo verso sobre la corrientes que explican el fenómeno jurídico, su concepción de Derecho y la evolución del mismo, cabe señalar que intencionalmente se resaltaron los argumentos radicales de cada una de las escuelas de pensamiento para de esa forma advertir el modo en como defienden su estudiar, crear, y aplicar el derecho pero, también para resaltar la ideología resultada de la tradición legal a la que corresponden. Claro ejemplo, el positivismo jurídico alemán característico de la tradición jurídica romano-canónica, el cual reproduce la ideología del *codicismo*¹³⁶ así como la del *formalismo jurídico*, mismas que a continuación serán explicadas, es importante justificar que el estudio de cada una de estas escuelas brinda una arista más para la comprensión del debate suscitado entre el formalismo y el escepticismo jurídico.

¹³⁶ Véase, Merryman, John, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, 3ª. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

CAPÍTULO II. DERECHO ESCRITO

“(…) la jurisdictio limita a la gubernaculum. Pero el derecho de los jueces, ¿quién lo puede modificar? Si no lo puede modificar nadie, ni siquiera otros jueces, quiere decir que el poder de los jueces está por encima del Derecho y, entonces, la diferencia no es entre una Constitución en la que el poder está por encima del Derecho y otra Constitución en la que el Derecho está por encima del poder, sino entre una Constitución en la que el poder supremo corresponde a otro órgano”¹³⁷

Con el fin de adentrarnos en el tema central de esta investigación, es decir, al debate generado al seno de la Teoría General del Derecho en el que la complejidad se presenta, ya no en relación al concepto sino a sus fuentes, su aplicación, o en su caso interpretación; así como a sus efectos en la actualidad, en los siguientes apartados se estudiarán las tradiciones jurídicas, así como la pugna ideológica entre formalismo y escepticismo. En ese mismo orden se analizarán artículos de la legislación mexicana que permitan entender este problema en nuestro país, y de forma específica la trascendencia de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico mexicano.

2.1. La tradición jurídica romano-canónica

Son variadas las tradiciones jurídicas de cada país; existe por ejemplo la romano-canónica, la socialista, la *common law* o la tradición legal islámica. Sin embargo, las tres primeras son las que mayormente han sido estudiadas en el mundo Occidental. En el caso de México la historia jurídica que nos ha correspondido, la situación geográfica del país, los cambios habidos en el sistema jurídico u otros motivos hacen que nuestra tradición legal sea la romano-canónica. Nuestro ordenamiento jurídico, autoridades, y el modo de concebir y aplicar el derecho son reflejo de dicha tradición. Ahora bien, con el fin de procurar una mayor

¹³⁷ Bobbio, Norberto, en Salazar Ugarte, Pedro, *Garantismo Espurio*, México, Fontamara, 2011.

precisión, lo adecuado será explicar qué es una tradición y que la distingue de una familia o un sistema jurídico.

John Henry Merryman llama tradición legal a:

“un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y del cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural.”¹³⁸

Por lo que respecta a un sistema legal, el jurista estadounidense menciona que se trata de “un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales [...] En un mundo organizado en estados soberanos y en organizaciones de estados, hay tanto sistemas legales como estados y organizaciones. Los sistemas legales nacionales se clasifican con frecuencia en grupos o familias.”¹³⁹ En ese sentido, una familia jurídica es un conjunto de sistemas jurídicos que comparten determinadas características generales.

Como se advirtió, una de las tradiciones jurídicas más importantes al menos para el mundo occidental, es la romano-canónica, asimismo, es la más antigua “su origen es el año 450 a.C., supuesta fecha de publicación de las XII Tablas en Roma.”¹⁴⁰ Su historia comienza y se desarrolla en Roma sin embargo, también se extiende fuera de ella. Algunos de los momentos más sobresalientes de su historia comprenden: 1) la monarquía, la república y el imperio romano (el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano es el compendio fundamental del derecho escrito y de dicha tradición legal); 2) la aparición del grupo de los *Glosadores y los Comentaristas*; 3)

¹³⁸ Merryman, John, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, 3ª. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p.17.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 15.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 18.

la adopción de códigos por estados como Francia, Alemania, Italia y algunos países de América Latina; 5) el nacionalismo. De igual manera, vale la pena recordar las cinco sub tradiciones que según Merryman, la conforman: “derecho civil, derecho canónico, derecho mercantil, la revolución y la ciencia jurídica.”¹⁴¹

1) Derecho civil. El derecho civil romano es una de las aportaciones trascendentales del mundo antiguo al moderno. Las instituciones, los procedimientos, los principios y gran parte de las normas jurídicas actuales tienen como base el derecho civil de Roma. El *Corpus Iuris Civilis* es pieza fundamental para la comprensión de la tradición legal romano-canónica ya que no sólo representa un conjunto de normas sobre las personas, las obligaciones, la familia, la propiedad, la herencia, el matrimonio, los contratos y algunos delitos; sino que también permite apreciar parte del pensamiento jurídico de los más ilustres jurisconsultos de la antigüedad, la forma en que concebían el derecho, la forma de solución de controversias y la participación de los operadores jurídicos en un procedimiento de la antigüedad.

2) Sin embargo, derivado de la recopilación de textos jurídicos en un solo cuerpo, muchos de ellos fueron excluidos. Al respecto arguye Merryman:

Justiniano estimo conveniente eliminar lo que estuviera errado o fuera oscuro o repetitivo; resolver conflictos y dudas; y organizar lo que conviniera conservaren alguna forma sistemática. Prohibió la elaboración de comentarios sobre la compilación misma. Trato de abolir todo el derecho anterior, excepto en el *Corpus Juris Civilis*, y decidió que lo que se encontraba en su compilación sería adecuado para la solución de los problemas legales sin el auxilio de nuevas interpretaciones o comentarios de los juristas.¹⁴²

Tras la caída del Imperio romano el derecho modificó en cierta parte su aplicación y fuentes ya que se mezcló con las reglas, usos y costumbres de los pueblos conquistadores. Sin embargo, apunta el jurista estadounidense que:

¹⁴¹ *Ibíd*em, p. 24.

¹⁴² *Ibíd*em, p. 26.

“Al iniciarse el Renacimiento, reapareció un interés intelectual y académico por el derecho. Lo que los civilistas suelen llamar ‘el resurgimiento del derecho romano’ se inició en Bolonia, Italia, a fines del siglo XI. El derecho estudiado era el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano quien era considerado un Sacro Emperador romano, y su obra era tratada como una legislación imperial. Por lo tanto tenía la autoridad del Papa y del emperador imperial detrás de sí. Bolonia y las otras universidades de Italia se convirtieron en el centro del derecho del mundo occidental. Y a los grupos de académicos se les conoció como los Glosadores y los Comentaristas. Estos últimos sentaron las bases del *jus commune*”¹⁴³

Posteriormente el de *Estado nacional*, concepto con el que se identificaron diversos países fue retomado, lo que trajo consigo una codificación del derecho, sin embargo, alguna institución, algún procedimiento o principio del derecho romano se veía expresado en la sistematización de sus normas de modo que “una gran parte [de las naciones] de Europa occidental, albergan ahora la tradición de derecho civil.”¹⁴⁴

2) Derecho canónico. La Iglesia católica dio origen al denominado derecho canónico el cual tenía sus propias instituciones, procedimientos e incluso su propia jurisdicción y tribunales. “El derecho canónico [...] tiene una historia fascinante, que incluye documentos falsificados que durante siglos se consideraron genuinos [...] influyo al *ius commune* principalmente en las áreas de derecho familiar y sucesorio (ambas partes del derecho civil romano, el derecho penal y el derecho procesal)”¹⁴⁵

3) Derecho mercantil. Como se anticipó, la tradición legal romano-canónica se expandió por el continente europeo, no obstante nunca salió de Italia. El derecho mercantil se origina principalmente en Venecia y Génova pero a diferencia del derecho civil y del canónico éste no es creado por autoridades ni políticas ni mucho menos religiosas. El derecho mercantil es creado por comerciantes que buscaban

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 28-30.

¹⁴⁴ *Cfr.*, p. 30

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 33.

regular su actividad comercial y darle solución a los conflictos que pudieran derivarse de ella.

4) La revolución. Por revolución Merryman comprende:

“[Un] movimiento que afecto a la mayor parte de las naciones occidentales [...] la Revolución estadounidense y la Revolución francesa, el Risorgimiento italiano, la serie de guerras de independencia que liberaron a las naciones de América Latina, la unificación alemana bajo Bismarck [...] Es en esta revolución intelectual que encontramos las fuentes principales del derecho público en la tradición del derecho civil.”¹⁴⁶

Dicha sub tradición trajo consigo principios fundamentales del derecho así como ideas de las que actualmente poco se cuestiona tales como: los derechos naturales, el principio de división de poderes, el principio de legalidad, el principio de certeza y el estatismo.

5) La ciencia jurídica. Este rubro refiere al estudio realizado por académicos y juristas principalmente en Alemania, quienes tratando de sistematizar el derecho, se concentraron en realizar un estudio empírico de las reglas, los principios y las instituciones jurídicas. Por ejemplo, “Savigny creía que un sistema legal satisfactorio tenía que basarse en los principios del derecho, por tanto un paso preliminar necesario para la codificación era un estudio exhaustivo del orden legal para identificar y enunciar correctamente estos principios y ordenarlos en un sistema coherente.”¹⁴⁷

Este movimiento también se caracterizó por su rigor científico al grado de analizar al derecho del mismo modo con el que se estudian las ciencias naturales. De igual manera, la lógica era un elemento esencial para su investigación ya que una de sus principales pretensiones era la pureza es decir, eliminar todo aquello ajeno al derecho, lo que dio como resultado el formalismo, el normativismo, la

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 38-39.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 121.

pureza y con ello la abstracción. Los hechos no figuraban en el derecho por lo que también esta sub tradición “obstruye la resolución eficaz de los problemas [y] disminuye el papel del juez en el proceso legal, con ventaja para el legislador y el académico.”¹⁴⁸

Los dos últimos periodos es decir, la revolución y la ciencia jurídica son destacables ya que aunque en la actualidad se hable de una tradición jurídica romano-canónica, la misma, sufrió un periodo de secularización que comenzó retomando varios de los principios propuestos en la Revolución Francesa y la Independencia de las 13 Colonias, así como con la formación del Estado Moderno y sus Constituciones en las que ya se empieza a vislumbrar el reconocimiento a las libertades y derechos humanos y con el establecimiento del derecho positivo como único derecho valido, todo ello, promovió la desaparición y separación de los signos, valores o comportamientos que se consideraban propios o identificativos de la religión (Anexo 1).

De lo anterior se deducen algunas de las principales particularidades de la tradición legal romano-canónica: el dogma de la división de poderes; la norma jurídica como principal fuente del derecho; la codificación del derecho; la creencia en la certeza del derecho escrito; la figura del juez limitada a la deducción lógica; la investigación y la enseñanza del derecho como sólo un conjunto de normas y el formalismo jurídico, temas que serán retomados en el apartado con el mismo nombre.

2.2. Artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

El artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) permite declarar una resolución de ilegal por el hecho de no apegarse a la norma, el precepto en mención refiere:

¹⁴⁸ Ibídem, p. 130.

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

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

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Para los efectos de lo dispuesto por las fracciones II y III del presente artículo, se considera que no afectan las defensas del particular ni trascienden al sentido de la resolución impugnada, entre otros, los vicios siguientes:

a) Cuando en un citatorio no se haga mención que es para recibir una orden de visita domiciliaria, siempre que ésta se inicie con el destinatario de la orden.

b) Cuando en un citatorio no se haga constar en forma circunstanciada la forma en que el notificador se cercioró que se encontraba en el domicilio correcto, siempre que la diligencia se haya efectuado en el domicilio indicado en el documento que deba notificarse.

c) Cuando en la entrega del citatorio se hayan cometido vicios de procedimiento, siempre que la diligencia prevista en dicho citatorio se haya entendido directamente con el interesado o con su representante legal.

d) Cuando existan irregularidades en los citatorios, en las notificaciones de requerimientos de solicitudes de datos, informes o documentos, o en los propios requerimientos, siempre y cuando el particular desahogue los mismos, exhibiendo oportunamente la información y documentación solicitadas.

e) Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsión a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.

f) Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos.

El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

Cuando resulte fundada la incompetencia de la autoridad y además existan agravios encaminados a controvertir el fondo del asunto, el Tribunal deberá analizarlos y si alguno de ellos resulta fundado, con base en el principio de mayor beneficio, procederá a resolver el fondo de la cuestión efectivamente planteada por el actor.

Los órganos arbitrales y de otra naturaleza, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.

Dicho artículo es trascendental para esta investigación ya que, como se recordará, uno de los grandes dogmas del Derecho escrito es el principio de certeza de la norma y en virtud de ello las autoridades sólo pueden actuar de acuerdo a lo facultado por las mismas. Aun existiendo la facultad discrecional las autoridades están obligadas a actuar dentro de los parámetros que la ley les ha permitido, de ahí que un acto administrativo pueda ser nulo o una resolución sea declarada ilegal e incluso que las autoridades jurisdiccionales puedan realizar la sustitución de la decisión administrativa tal y como lo determina la tesis aislada:

TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. TIENE LA FACULTAD PARA SUSTITUIRSE AL CRITERIO DISCRECIONAL DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE RESULTE COMPETENTE, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO QUE RIGE EN EL DICTADO DE LAS SENTENCIAS.¹⁴⁹

La importancia del artículo en mención sustancialmente se halla en la obligación de las autoridades de no actuar fuera de lo prescrito por la norma, de igual manera, debe resaltarse el principio de mayor beneficio derivado del penúltimo párrafo del artículo 51 de LFCA ya que: 1) propone resolver el fondo de un conflicto y 2) atiende a la efectividad de una sentencia aunque ello implique 3) flexibilizar el principio de división de poderes defendido constantemente en la tradición legal propia del derecho escrito, sin que ello implique perder de vista 4) las normas que funcionan como el eje rector de la actuación de las autoridades.

2.3. La justicia restitutiva

¿Qué es la justicia? Sin duda es una de las preguntas más frecuentes en la filosofía y el derecho. Aristóteles en su libro V de la *Ética a Nicómaco* indicaría que "...llamamos justo a lo que produce o preserva la felicidad o sus elementos para la comunidad política."¹⁵⁰ El filósofo griego, señala además que no es lo mismo el

¹⁴⁹ Décima Época, Registro: 2011691, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 30, Mayo de 2016, Tomo IV, Materia Administrativa, Tesis: IV.1o.A.42 A (10a.), p. 2944.

¹⁵⁰ *Ética* V, 1129b18-20.

injusto que la injusticia, separando a la justicia como acto y de forma específica como virtud del sujeto quien realiza la acción, terminaría concibiendo a la justicia como la más perfecta de las virtudes ya que en ella "...están incluidas todas las virtudes. Es la virtud en el más cabal sentido porque es la práctica de la virtud perfecta y es perfecta porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo."¹⁵¹

Por su parte, Rawls la definiría como "la primera virtud de las instituciones sociales"¹⁵², mientras que el jurista alemán Hans Kelsen la entendería como "la felicidad que el orden social garantiza"¹⁵³La justicia es uno de los ideales de toda sociedad y por ello uno de sus valores más importantes. Es una de las más grandes aspiraciones de todo orden en comunidad y forma parte del contenido axiológico del derecho.

Con el fin de formar un panorama más amplio de la justicia y de forma específica de la justicia retributiva, será preciso retomar las especies de justicia explicadas por Aristóteles. Posteriormente se enunciará su relación con el derecho; la necesidad del derecho escrito como instrumento para la justicia retributiva en la tradición legal romano-canónica y por último se presentarán algunas condiciones y requisitos formales en México para reclamarla.

Según Aristóteles, hay diversas especies de justicia siendo estas: la universal y la particular "ambas, pues, tienen la fuerza de ser definitivas con relación al prójimo, pero una tiene por objeto el honor o el dinero o la seguridad o algo que incluya todo esto si tuviéramos un solo nombre para designarlo), y tiene por móvil el placer que procede de la ganancia, mientras que la otra se refiere a todo cuanto interesa al hombre virtuoso."

Además de estas dos especies de justicia agrega otras especies las cuales se diferencian esencialmente por su contenido, siendo estas: 1) la justicia

¹⁵¹ Ética V, 1129b30-34.

¹⁵² Ver nota 17.

¹⁵³ Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia?, trad. de Leonor Calvera, elaleph.com, 2000, p. 6.
<https://es.scribd.com/doc/122793204/Hans-Kelsen-Que-Es-La-Justicia-pdf>

distributiva; 2) la justicia correctiva; 3) la justicia como reciprocidad; 4) la justicia política; 5) la justicia natural y legal. Igualmente, distingue a la justicia de la equidad y argumenta respecto de la responsabilidad.

1) Justicia distributiva. Esta especie de justicia es explicada por Aristóteles a partir de las matemáticas pues sugiere que “esta justicia es un término medio en la proporción, porque lo proporcional es un término medio y lo justo es proporcional. Los matemáticos llaman a tal proporción geométrica; en efecto, en la proporción geométrica, el todo está, con respecto al todo, en la misma relación que cada parte con respecto a cada parte.”¹⁵⁴ La justicia distributiva tiene que ver con la repartición de los bienes de forma proporcional a la contribución que cada uno haya hecho.

2) Justicia correctiva. Para el filósofo este tipo de justicia no toma en consideración la proporción o la participación de las personas sino más bien centra su importancia en la vulneración causada; razón por la que definirá a la justicia correctiva como:

“el término medio entre la pérdida y la ganancia. Es por esto por lo que aquellos que discuten recurren al juez, y el acudir al juez es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una personificación de la justicia; se busca al juez como término medio y algunos llaman a los jueces mediadores, creyendo que si alcanzan lo intermedio se alcanzará justicia. Por tanto, la justicia es un término medio, puesto que lo es el juez [...] De modo que lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida en los cambios no voluntarios y consiste en tener lo mismo antes que después.”¹⁵⁵

3) Justicia como reciprocidad. La reciprocidad consiste en dar a otros y en la misma medida a su vez recibir:

“el justo practica intencionadamente lo justo y que distribuye entre sí mismo y otros, o entre dos, no de manera que él reciba más de lo bueno y el prójimo menos, y de lo malo al revés, sino

¹⁵⁴ Ética V, 1131b10.

¹⁵⁵ Cfr. Ética V, 1132a.

proporcionalmente lo mismo, e, igualmente, si la distribución es entre otros dos. Y en lo que respecta a lo injusto, la injusticia es lo contrario de la justicia esto es, exceso y defecto de lo inútil y lo perjudicial, contra toda proporción.”¹⁵⁶

Con este tipo de justicia Aristóteles destaca la igualdad en la justicia que se distingue del primer tipo porque esta no depende de cada persona, pero a su vez se distingue de la segunda porque esta no se mide en términos de ganancias y pérdidas.

4) Justicia política. En este tipo de justicia sobresalen dos elementos, en primer lugar la reciprocidad es decir el actuar de manera justa con uno mismo (el *mesotés* en mi persona) y el obrar de manera justa con los demás. El segundo elemento es la calidad de persona que se tenga ya que al tratarse de justicia política la relación además de ser social, es legal. Es de vital importancia este punto ya que en la actualidad la obediencia de la mujer al hombre se refleja como un acto injusto sin embargo, en la antigua Grecia dicha obediencia era lo justo, lo convenido por la sociedad y lo ordenado por la ley. La justicia política, según Aristóteles:

“...existe, por razón de la autarquía, en una comunidad de vida entre personas libres e iguales, ya sea proporcional ya aritméticamente. De modo que entre personas que no estén en estas condiciones, no es posible la justicia política de los unos respecto de los otros, sino sólo la justicia en un cierto sentido y por analogía. Pues la justicia supone personas cuyas relaciones están reguladas por una ley, y la ley se aplica a situaciones en las que es posible la injusticia, pues la justicia es el discernimiento entre lo justo y lo injusto.”¹⁵⁷

5) Justicia natural y legal. Ambas son sub especies de la justicia política “...natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que

¹⁵⁶ Ética V, 1134a5

¹⁵⁷ Ética V, 1134a10.

cesan de serlo una vez ha sido establecida, por ejemplo [...] las decisiones en forma de decretos.”¹⁵⁸

6) Justicia y equidad. Ya se indicó que lo justo es el término medio, lo que no tiene exceso ni defecto, ahora bien, lo equitativo según Aristóteles, es aún mejor que lo justo en virtud de que “...toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error...”¹⁵⁹ La equidad es “una corrección de la justicia legal” que mejora la situación legal en particular ya que busca eliminar las dificultades de la justicia en general o bien “el error que surge de su carácter absoluto.”¹⁶⁰

Las tesis acerca de la justicia aportadas por Aristóteles sirvieron de base para estudios posteriores, en los que no se profundizará más, resulta oportuno traer a colación lo expresado por Rafael Preciado Hernández quien indica que son tres o posiblemente cuatro las especies de justicia siendo estas: 1) legal; 2) particular distributiva; 3) particular conmutativa y 4) justicia social.

“La justicia propiamente dicha, la justicia social, se divide en general o legal y particular, y esta última se subdivide, a su vez, en distributiva y conmutativa [...] La primera regula los derechos de la sociedad; la segunda los derechos de los particulares. Y a la general se le llama también legal, porque es propio de las leyes humanas determinar los actos humanos debidos al bien común que la sociedad tiene el derecho de exigir. La justicia particular se subdivide en distributiva y conmutativa, porque el hombre tiene derechos frente a la sociedad – ésta debe asignar y reconocer a cada uno su participación en el bien común-, y frente a sus semejantes o frente a la sociedad cuando ésta se coloca en el mismo plano que los particulares.”¹⁶¹

¹⁵⁸ Ética V, 1134a20.

¹⁵⁹ Ética V, 1137b15.

¹⁶⁰ Ética V, 1137b25.

¹⁶¹ Preciado Hernández, Rafael, op. cit. p., 192.

La justicia legal “Rige, pues, tanto los deberes que rigen al ciudadano frente a la autoridad como representante de la comunidad, como los deberes de los propios gobernantes, dado que también ellos están obligados de acuerdo con las exigencias del bien común [...] Su objeto es atender al bien común y sus titulares son los gobernados y las autoridades que representan al Estado.”¹⁶²

Por tanto, la justicia legal es el conjunto de derechos, obligaciones y prohibiciones contenidas en el ordenamiento jurídico de una sociedad. En el ordenamiento jurídico mexicano es posible advertir claramente la justicia legal en la Constitución ya que estructura y organiza al Estado, además de que contiene las principales obligaciones y prerrogativas de los gobernados, con el fin de atender al bien común.

La justicia distributiva para Rafael Preciado:

“...regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común, así como las tareas o cargas con que los particulares deben contribuir. Tiene por objeto directo los bienes comunes que hay que repartir [...] y por indirecto solamente las cargas. Y como no todos los particulares son iguales ni contribuyen en la misma proporción al bien común, el criterio racional de la justicia distributiva es el de una igualdad proporcional [...] el sujeto titular para la justicia distributiva es siempre la persona individual mientras que el sujeto pasivo u obligado es en este caso la autoridad política representante de la comunidad [...] la misma relación social está regida por la justicia general y por la justicia distributiva...”¹⁶³

Las relaciones jurídicas, como se sabe, pueden darse entre un particular y el Estado o entre particular-particular. En ese sentido, la justicia legal tiene presencia en todas las relaciones jurídicas toda vez que determina los parámetros para el

¹⁶² Cfr. p. 192-193.

¹⁶³ Ídem.

orden en comunidad. Más en la relación Estado-particular además de la justicia legal se van a presentar otras especies de justicia.

La justicia distributiva se presenta como una especie de justicia que regula la repartición de los bienes dentro de una sociedad, de modo que, a las autoridades se les especifican ciertas obligaciones y a los gobernados se les conceden ciertos derechos. En la Carta Magna este tipo de justicia se observa fácilmente en el artículo 4º ya que el Estado se obliga a brindar salud, vivienda, agua, etc., siendo cada uno bienes necesarios para el desarrollo de la vida humana. A su vez, se advierte al sujeto obligado y al titular del derecho en esta modalidad de justicia.

La justicia conmutativa "...rige las operaciones de cambio [...] prescindiendo, por así decirlo, de las personas, ya que debiendo considerarlas en el mismo plano, sobre un pie de igualdad, no hay razón para tomar en cuenta sus diferencias individuales [...] exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación..."¹⁶⁴ La justicia conmutativa tiene como fin regular las relaciones entre particulares, entendiendo también como particular al Estado cuando participe en ellas sin su poder de *imperium*. En el ordenamiento jurídico mexicano dichas relaciones fácilmente se pueden constatar en el Código Civil y en todas aquellas normas que regulen las relaciones concernientes al derecho privado.

La justicia social por último refiere a la "repartición de la riqueza superflua. En la relación que rige, el sujeto pasivo son los poseedores de esa riqueza; el sujeto activo, los indigentes, el objeto material, las cosas superfluas; y el objeto formar, el derecho de los indigentes."¹⁶⁵ Esta especie de justicia de una u otra forma trata de colocar en una situación menos desfavorable a los grupos más vulnerables de la sociedad tales como los niños, los grupos originarios, los ancianos o las mujeres.

"La justicia general y la justicia distributiva rigen relaciones que podemos llamar de integración y de subordinación, relaciones de personas que no están colocadas en el mismo plano [...] la justicia conmutativa son relaciones de

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 194.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 195-196.

coordinación que se dan entre las partes, entre personas que están colocadas en el mismo plano.”¹⁶⁶ La justicia social es también una relación en la que las partes no están colocadas en un mismo plano por tanto el plano es de integración.

Una vez explicadas las diversas especies de justicia, vale la pena preguntarse en cuál de éstas se ubica la justicia restitutiva. Pues bien, la justicia restitutiva es la denominada justicia correctiva de Aristóteles ya que es la que permite a los particulares acudir ante un juez para reclamar la restitución de un daño causado. En lo expuesto por Preciado dicha especie tiene lugar en la justicia particular.

Para vislumbrar mejor este tipo de justicia habrá que apelarse al verbo que la acompaña, es decir, a la acción y efecto de restituir el cual es definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como “Volver algo a quien lo tenía antes. Restablecer o poner algo en el estado que antes tenía”¹⁶⁷ en ese sentido el objeto de esta especie de justicia es el de restablecer o reparar una situación de derecho, tal y como ya lo había advertido Aristóteles.

Los titulares de esta justicia son los particulares mientras que los encargados de dicha reparación pueden ser los titulares o bien el mismo Estado. Las autoridades del Estado son las encargadas de obligar a cumplir con dicha reparación por lo que en la justicia restitutiva rige una relación de subordinación en la que el Estado obliga a que se cumpla con determinado actuar con determinado sujeto de derecho con el fin de restablecer lo vulnerado.

En el esquema siguiente se representan algunas de las especies de justicia citadas:

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 194-195.

¹⁶⁷ Voz restituir, Diccionario de la Real Academia de la Lengua <http://dle.rae.es/?id=WEQ4NP1>



* Esquema 4. Elaboración propia. *La justicia*. En el esquema anterior el Estado al ser quien distribuye los bienes y servicios se encuentra situado en la parte superior, los particulares se encuentran en la parte inferior ya que a ellos son a quienes se les ha de repartir dichos bienes y servicios. De igual forma porque las relaciones entre particulares se dan en un plano de igualdad la parte inferior representa ese plano de coordinación. La justicia retributiva se halla en una de las esquinas del triángulo y con una flecha dirigida al Estado ya que representa la posibilidad de reclamar la restitución de un derecho; a su vez hay otra flecha que va en dirección contraria ya que es el Estado quien obliga a determinado sujeto de derecho a cumplir con determinada acción con el fin de restablecer una situación jurídica o un derecho.

La justicia retributiva es una especie de justicia que a diferencia de las demás especies está condicionada a ser. Dicha condición radica en el hecho de que se presente una transgresión a un derecho prescrito en una norma válida que lo determine. Por tanto, existe cuando se reclama la restauración de un derecho o de una situación jurídica ante las autoridades correspondientes. En la tradición jurídica romano-canónica el que el derecho este escrito cobra vital importancia pues facilita la posibilidad de acceder a la justicia retributiva.

En la resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999 “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia retributiva en materia de justicia penal”, en la que pidió a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que estudiara la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación

y justicia retributiva”¹⁶⁸se exhorta a que los países que forman parte de la Organización de las Naciones Unidas regulen sus ordenamientos jurídicos con el fin de que contemplen este tipo de justicia, resaltando su importancia en la materia penal.

“Hace un llamamiento a los Estados para que consideren, dentro de sus ordenamientos jurídicos, la posibilidad de formular procedimientos que representen una alternativa frente al proceso ordinario de justicia penal, así como políticas de mediación y justicia retributiva, con miras de promover una cultura favorable a la mediación y justicia retributiva entre las autoridades competentes en los ámbitos de aplicación de la ley, judicial y social, así como entre comunidades locales, y para que consideren así mismo la posibilidad de impartir a los que participen en la formación de esos procesos.”¹⁶⁹

De manera específica, Costa Rica sugirió que “...en el texto español se utilizará la expresión ‘justicia restaurativa’ en vez de ‘justicia retributiva’...”¹⁷⁰ por lo que “México agrego ‘que se incluyera una lista de medidas de medicación y justicia restaurativa.’”¹⁷¹ La esencia de la propuesta de la ONU y de las sugerencia de los países se centra en el hecho de modificar los textos jurídicos con el fin de que contemplen la justicia retributiva.

La justicia retributiva centra su importancia únicamente en la transgresión causada; dicha transgresión no se puede prever sin embargo y a sugerencia de la ONU, el permiso de reclamar una restitución por parte de los particulares debe contemplarse en los ordenamientos jurídicos. En el caso de la materia penal, México

¹⁶⁸ Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal, <http://200.33.14.21:83/20121122062955-12857.pdf>

¹⁶⁹ Montero, Tomás (comp.), Justicia restaurativa: instrumentos internacionales, Colección Texto Internacionales, 2014. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7D1E0DB94ADCD6C605257E7500689077/\\$FILE/PAIP_JusticiaRestaurativa-Recopilaci%C3%B3nTextosInternacionales.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7D1E0DB94ADCD6C605257E7500689077/$FILE/PAIP_JusticiaRestaurativa-Recopilaci%C3%B3nTextosInternacionales.pdf)

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Ídem.

ha actualizado y contemplado dicha posibilidad, sin embargo, no en todas las materias ocurre de la misma forma.

El no contemplar a la justicia restitutiva dentro de las normas pareciera no generar problemas, no obstante, en la praxis se actualiza una dificultad tanto para el sujeto que quiere reclamar una restauración como para el juzgador quien se enfrenta a un espacio abierto sin algún parámetro que lo guíe. La facultad discrecional de las autoridades jurisdiccionales podría dar solución a tal problemática, pues finalmente son los juzgadores quienes habrán de determinar si se restituye o no un derecho o una situación de derecho pero para ello habrá que tomarse en consideración otros aspectos, requisitos y formalidades previstos en las normas específicas de la materia que fundamenten su fallo.

2.4. Artículo 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles

La discrecionalidad antes mencionada no refiere a la forma en que más le agrade actuar al juzgador ya que de acuerdo al artículo 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), los fallos jurisdiccionales además de ser racionales y de estar fundados y motivados como todo acto de autoridad, deberán contener una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias.

El ordinal antes enunciado indica:

Artículo 222.- Las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo, en ellas, los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán resolviendo, con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal, y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deben cumplirse.

Antes de analizar el contenido del artículo 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles, es menester abordar unas cuestiones preliminares que permitirán resaltar la importancia del precepto en mención. Una de ellas es la discrecionalidad toda vez que su presencia en el derecho escrito, aunque en menor grado que en décadas anteriores, sigue siendo punto de discusión.

La discrecionalidad consiste en “un cierto margen de libertad en la toma de decisiones.”¹⁷² Según Lifante Vidal, la discrecionalidad puede ser entendida como:

“1) La elección entre varias alternativas. Concebida como el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el Derecho.

2) La ausencia de estándares jurídicos aplicables. La discrecionalidad haría referencia, pues, a la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico. Este tipo de aproximación se plasma en afirmaciones del tipo ‘donde termina el Derecho, empieza la discrecionalidad’. A partir de esta caracterización surge la pregunta de cómo debe actuar entonces el sujeto que goza de discrecionalidad; en qué debe basar su decisión. Las respuestas que encontramos aquí son muy variadas. Algunos autores han remarcado la idea de que, al no existir estándares jurídicos que guíen la decisión, el órgano habrá de actuar sobre las razones que él piense que son correctas.

3) La ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión. De esta opinión sería, por ejemplo, Dworkin, para quien uno de los sentidos débiles que adopta el término discrecionalidad es precisamente aquél que hace referencia a que la decisión de alguien es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede

¹⁷² Lifante Vidal, Isabel, Dos conceptos de discrecionalidad jurídica, Doxa Cuadernos de filosofía del derecho Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, p. 12. <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD35807720.pdf>

revisarla y anularla, como la decisión del juez de línea de si un jugador está fuera de juego.”¹⁷³

La tradición jurídica de cada país determina el modo en cómo se piensa, se interpreta y se aplica el derecho, por tal razón, en el derecho escrito la facultad de decidir de una forma u otra en alguno de los casos ya mencionados (la ausencia de estándares jurídicos aplicables y la ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión, al momento de la elección entre varias alternativas) debe estar prescrita en las normas.

En el *common law*, ocurre algo similar. Preliminarmente debe precisarse que, Aharon Barak diferencia a la interpretación de un sistema de interpretación pues, por interpretación entiende la actividad mediante la cual el intérprete desentraña el contenido de la norma en el texto jurídico. Por sistema de interpretación “*purposive interpretation*”, ¹⁷⁴ explica que es un procedimiento holístico, ya que la norma es parte de un todo (sociológico, histórico y legal) y porque aquel juzgador que interpreta un texto interpreta todos los textos, por tal motivo, este sistema busca establecerse como una teoría general aplicable a todo tipo de texto jurídico.

La *purposive interpretation* de acuerdo a Barak, está conformado por el conjunto de reglas, principios, pautas que regulan la actividad interpretativa, a partir de las cuales el intérprete además de atribuir posibles significados semánticos a un texto jurídico, da sentido a dicho texto y elige racionalmente (intelectualmente y seguido del proceso interpretativo) el criterio que cumpla con finalidad de la norma. Dicho sistema, se conforma de tres elementos: 1) semántico, 2) propósito (finalista) y 3) discrecional.

El semántico consiste en fijar los límites de la interpretación y proporcionar los posibles significados de un texto, por lo que el lenguaje es trascendental ya que limita y respalda un significado, pudiendo ser este, público ya que alude a referentes

¹⁷³ Cfr., pp. 13-17.

¹⁷⁴ Véase Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, United States of America, Cambridge University Press, 2005.

empíricos y privado relativo al lenguaje cultural. El finalista permite elegir el significado que procure cumplir el propósito de la norma, en este sentido es esencial recordar que son dos tipos de finalidades la finalidad subjetiva y la objetiva, la primera remite a la intención real del autor de la norma, la segunda es la intención del sistema legal es decir la intención del Constituyente. La discrecionalidad es un componente del sistema de interpretación necesario para la actividad interpretativa, que tiene como característica que: 1) debe ejercerse en los espacios o “*zonas de razonabilidad*” que las mismas reglas del sistema de interpretación jurídica permiten, 2) debe ligarse a los límites del conjunto de valores, tradiciones, historia y texto que son únicos dentro del sistema en el cual opera, debe interpretarse a la luz del entendimiento original, es decir, debe interpretarse de acuerdo a lo que el texto plantea, sin modificar el objeto del mismo, pues de acuerdo a este jurista, no puede haber interpretación fuera del texto aunque este se presente de forma oral o de forma escrita, es decir, debe ser congruente. Cabe señalar que todos estos componentes son flexibles ya que forman parte de un todo legal de determinada comunidad, es decir, la misma comunidad establece la rigidez de dichos componentes.

Por lo anterior, es evidente que en el derecho escrito y en el derecho común, la discrecionalidad debe preverse en el texto legal. Ciertamente las facultades conferidas a los jueces se encuentran expresadas en diversas leyes que forman parte del sistema jurídico mexicano, sin embargo, también en las interpretaciones que se hacen a ellas, ya que especifican y/o aclaran dichas facultades tal y como ocurre con la siguiente tesis:

**FACULTADES DISCRECIONALES DE LOS JUECES.
NATURALEZA, FINALIDAD, CARACTERÍSTICAS, MODALIDADES
Y FORMAS DE APLICACIÓN.**

Las facultades discrecionales que suele otorgar el legislador al Juez, en los diversos ámbitos del derecho, tienen por objeto flexibilizar la toma de decisiones en asuntos en que se estima imposible o de alto grado de dificultad incorporar reglas en los ordenamientos, para la

solución a múltiples cuestiones y problemas que se puedan suscitar en la casuística, para la aplicación de la ley a determinada institución o en cierta materia; de modo que la facultad discrecional del juzgador es la permisión para ejercer una libertad limitada racionalmente, intrínseca al abandono del formalismo jurídico absoluto en la interpretación y aplicación del derecho, que permite al operador jurisdiccional cumplir con el deber categórico de resolver todas las controversias que le son sometidas para su conocimiento, aun en los casos en los que la complejidad del asunto, la ambigüedad o insuficiencia de la ley para regular de manera directa cada uno de los supuestos de hecho que pueden surgir en la realidad, respecto de los cuales no existe una sola posible respuesta admisible y razonable, sino que debe elegirse una entre varias, conforme a las reglas básicas de la lógica, la experiencia, la proporcionalidad y el sistema de fuentes establecido, expresada en un discurso de justificación sustentado en esos límites, para conjurar el riesgo de arbitrariedad en la toma de decisiones judiciales. Existen diversas modalidades en la concesión de dichas facultades; desde la forma, que puede ser implícita o explícita; la extensión, que puede ser desde la más amplia hasta la acotada para aspectos muy concretos; desde la discreción fuerte a la débil. Todo lo anterior, revela que para conocer las particularidades de la discrecionalidad dadas en situaciones determinadas, debe atenderse a las necesidades procesales que surjan de la problemática planteada en los casos de otorgamiento implícito, y a la forma en que se autorice en la ley, cuando es expresa, y siempre a las necesidades que reporte la materia sustantiva de un litigio.¹⁷⁵

La tesis citada medularmente aduce a los casos en los que se presentan las facultades discrecionales de un juzgador. Asimismo, se refiere a la indeterminación

¹⁷⁵ Décima Época, Registro: 2012419, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 26 de agosto de 2016 10:34 h, Materia (Constitucional), Tesis: I.4o.C.3 K (10a.)

en la norma, la cual puede restarse apelando a las reglas básicas de la lógica, la experiencia, la proporcionalidad y el sistema de fuentes establecido, sin que ello conduzca a una arbitrariedad por parte de las autoridades jurisdiccionales.

A este respecto Eduardo Sodero, interpretando a Robert Alexy, quien señala dos tipos de discrecionalidad, una que se presenta en relación a las reglas y otra en relación a los principios; arguye que los principios al ser mandatos de optimización “cuando no hay una norma positiva que ofrezca una solución para un caso concreto en esos supuestos ya no quedará lugar ahora para la discrecionalidad del juez [...] sino que deberá resolverse según los criterios de aquellas normas, necesariamente contenidas en todo sistema jurídico, con independencia de su grado de desarrollo.”¹⁷⁶ Asimismo, expresa que para el caso de las reglas al ser mandatos definitivos deben ser cumplidas o no. En ese orden de ideas y procurando eliminar la indeterminación de las normas, se emitió otra tesis aislada la cual indica:

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD.

Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de

¹⁷⁶ Sodero, Eduardo R., La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del Derecho, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexysodero-castellano.pdf>

incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas. Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Novena Época, Registro: 177342, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Septiembre de 2005, Materia Común, Tesis: I.4o.A.59 K, p. 1431.

En síntesis, la discrecionalidad es un espacio de libertad que sólo existe si se contempla en una norma y la que en relación con el artículo 222 del CFPC exige también la aplicación del principio de congruencia:

“En todo procedimiento judicial debe cuidarse que se cumpla con el principio de congruencia al resolver la controversia planteada, que en esencia está referido a que la sentencia sea congruente no sólo consigo misma sino también con la litis, lo cual estriba en que al resolverse dicha controversia se haga atendiendo a lo planteado por las partes, sin omitir nada ni añadir cuestiones no hechas valer, ni contener consideraciones contrarias entre sí o con los puntos resolutivos.”¹⁷⁸

Dichos preceptos no pueden dejar de ser estudiados a la luz del artículo 14 Constitucional que señala:

Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

¹⁷⁸PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. QUE DEBE PREVALECER EN TODA RESOLUCIÓN JUDICIAL. Novena Época, Registro: 195706, Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Agosto de 1998, Administrativa, Común, Tesis: I.1o.A. J/9, p. 764.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

El artículo previamente es fundamental ya que contiene cuatro importantes principios y una garantía: el principio de irretroactividad, señalado en el primer párrafo; la garantía de Audiencia, contenida en su segundo párrafo; el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, aludido en el tercer párrafo; el principio de legalidad, en su cuarto párrafo; asimismo, todo el artículo en comento establece el principio de congruencia determinando que las sentencias deben ser dictadas conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley.

En resumen, el artículo 222 del CFPC establece que los juzgadores están obligados únicamente a resolver los puntos planteados en la litis, no más ni menos toda vez que la congruencia radica tanto en el apegarse a las cuestiones de derecho planteadas como también a las de hecho y el artículo 14 de la CPEUM determina la congruencia de las sentencias, es decir, que sean conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley. Sirven de apoyo a lo anterior las siguientes tesis aisladas emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito, las cuales de forma específica aportan una interpretación al precepto citado, así como al principio de congruencia antes expresado:

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 222 Y 349 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. ES NECESARIO APLICARLO EN TODA RESOLUCIÓN.

Respetando el principio de congruencia que establece el artículo 14 constitucional en relación con los artículos 222 y 349 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el juzgador al resolver un litigio debe necesariamente atender y decidir sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido materia del debate, tanto lo aducido por la

parte actora en su escrito de demanda, como lo alegado por la demandada en su contestación, esto en exacta concordancia con lo establecido en los numerales anteriormente señalados, por lo que si la autoridad señalada como responsable incurre en la omisión o negativa de decidir en forma exhaustiva y completa respecto de los puntos materia del debate planteado entre las partes, y resuelve la litis en forma desvinculada a los antecedentes y consideraciones lógicas y jurídicas, se debe ordenar que dicha autoridad emita una nueva resolución con plenitud de jurisdicción en la cual se haga cargo de los hechos que deriven de la litis materia del juicio, así como los fundamentos legales de la resolución reclamada.¹⁷⁹

La interpretación antes transcrita, no sólo esclarece el principio de congruencia de las sentencias, contenido en los artículos 222 y 349 del Código Federal de Procedimientos Civiles sino que agrega y resalta la obligación del juzgador de emitir una nueva sentencia que si ponga fin a todos y cada uno de los puntos planteados en la litis.

En conclusión, la justicia restitutiva debe establecerse dentro de las normas ya que de lo contrario se obstaculizan las posibilidades de las personas para el reclamo de determinada prestación. Pese a que los juzgadores estén facultados para poner fin a una controversia a partir de la interpretación de normas e incluso de la ponderación, no deben excederse, sino que en caso de indeterminación o colisión de derechos, deben fundar su actuar atendiendo en todo tiempo a cuestiones hechas valer en relación a lo contemplado por las normas jurídicas.

2.5. Formalismo

El análisis realizado a los artículos anteriores es decir al artículo 222 del CFPC y al artículo 51 de la LFPCA permiten evidenciar que en la tradición legal a la

¹⁷⁹ Novena Época, Registro: 187434, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Marzo de 2002, Materia Común, Tesis: I.9o.A.4 K, p. 1423.

que México pertenece es necesario fundamentar, motivar y apegarse a las normas jurídicas, de forma tal que funden la certeza y legalidad en el ordenamiento jurídico, ambos principios y pilares del formalismo jurídico.

Por formalismo jurídico se entiende un aspecto relevante que conforma a la tradición legal romano-canónica pero también es una de las formas en que se presenta el positivismo jurídico. De hecho indica Bobbio, que comúnmente se confunde al formalismo con el positivismo ya que se presentan como teorías de derecho, pues conciben, estudian, aplican e interpretan al fenómeno jurídico como el conjunto de enunciados normativos perfectamente elaborados y los cuales para su aplicación requieren únicamente de una operación puramente lógica ya que “una vez separada la norma jurídica de la historia que la ha producido y la sociedad de la que es reflejo, el trabajo del jurista se resuelve en la elaboración de categorías formales.”¹⁸⁰

Un aspecto importante de las tesis del formalismo es la creación y la aplicación de las normas jurídicas, de modo que, la teoría de las fuentes jurídicas recibe una especial atención dentro de la tradición legal romano-canónica y específicamente dentro del formalismo. Las fuentes como aquello de donde emana el derecho, participan en la creación de la norma jurídica, no obstante, para la teoría formalista los conceptos como soberanía y estado no refieren a simples abstracciones sino que constituyen ficciones jurídico-políticas esenciales para la creación y desarrollo de una sociedad; lo que provocó que el derecho fuera un conjunto de normas jurídicas las cuales tenían tal carácter si y sólo si eran elaboradas mediante un procedimiento legislativo.

En consecuencia, el Derecho como conjunto de normas de producción legislativa (y no un producto social, filosófico o histórico) requiere un rigor científico y lógico, en cada una de sus etapas, ya sea la creación, la interpretación (la cual se traduce en una deducción lógica), así como en la aplicación. Por lo que hace a su aplicación no tiene relación con principios ya que se trata de un derecho como forma

¹⁸⁰ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y...*, op. cit., p. 73.

y no tanto como contenido que como ya se dijo, puede ser histórico, axiológico o de alguna otra índole.

Por lo que hace a su metodología, cómo fue expuesto en la primera parte de la presente investigación, cada vez ha tenido una mayor aproximación hacia la filosofía analítica, es decir, a la ius analítica, con el fin de afirmarse como “una nueva tendencia a la revalorización de los ideales de la certeza y el rigor [...] una investigación particular de los procedimientos utilizados por los juristas en su trabajo de interpretación y sistematización, y no tanto de elaborar una epistemología jurídica, una lógica jurídica y una teoría de la argumentación jurídica.”¹⁸¹

En síntesis, el formalismo representa parte de la ideología de las dos últimas sub tradiciones de la tradición jurídica romano-canónica es decir, representa la revolución ya que defiende el principio de división de poderes, el principio de legalidad y el principio de certeza; asimismo, representa a la sub tradición de la ciencia jurídica en la que destaca la participación de académicos y juristas que se concentran en el rigor lógico y carácter científico del derecho, esto con el fin de evitar en la medida de lo posible la interpretación de los enunciados normativos.

Pero, ¿qué sucede en los casos en los que no se prevén todas las situaciones jurídicas? ¿Simplemente se niega el derecho o se recurre a la interpretación? ya que de conformidad con el artículo primero constitucional es obligación de los juzgadores interpretar de la forma que mejor proteja los derechos humanos. En este sentido es preciso resaltar lo relativo a la interpretación en el artículo en mención:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 74.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En relación con lo antes referido surge una duda más: ¿los juzgadores deben limitarse a conocer y resolver las violaciones a los derechos humanos que le sean planteadas como controversia? es decir, si el juzgador observa otras transgresiones a los derechos humanos mismas que no fueron planteadas en la litis ¿están facultados para resolver más allá de lo reclamado?

A reserva de retomar estas cuestiones en el capítulo siguiente, únicamente se mencionara que en este punto se origina uno de los principales problemas para la aplicación e interpretación del derecho, ya que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 es cuando se introducen en el orden jurídico nacional diversos principios en los que la función jurisdiccional del Estado ha cobrado una eminente importancia.

Los jueces y tribunales aplicarán no sólo el ordenamiento jurídico interno, sino también el internacional tratando de procurar en todo momento la protección más amplia de los derechos de las personas, no obstante, esto ha ocasionado diversas problemáticas entorno a la importancia de la jurisprudencia lo que provoca que la tradición jurídica del país se acerque más a la tradición jurídica anglosajona, lo que a su vez produce una pugna ideológica entre formalismo y escepticismo jurídico en México.

CAPÍTULO III. DERECHO CONSUETUDINARIO

3.1. La tradición jurídica *Common law*

“La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.”¹⁸²

En el capítulo segundo se indicó la existencia de las diversas tradiciones legales del mundo contemporáneo, resaltando entre ellas la tradición jurídica *common law*. El derecho común tiene como fecha de origen el año 1066, “cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores en Hastings y conquistaron Inglaterra”¹⁸³ dicha derrota trajo entre otras consecuencias: la eliminación de la anterior aristocracia inglesa, la emigración, los cambios en el idioma, la modificación y disminución de los derechos de las mujeres, el inicio de la erradicación de la esclavitud en Inglaterra, así como el florecimiento de una nueva tradición legal la que en la actualidad impera en lugares como Gran Bretaña, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Irlanda y Australia.

El *common law* comparte con el Derecho Civil la influencia del Derecho Canónico “principalmente en las áreas del derecho familiar y sucesorio (ambas partes del derecho civil romano), el derecho penal y el derecho procesal.”¹⁸⁴ Sin embargo, mientras que el derecho civil se apega a lo establecido en las compilaciones normativas, el *common law* se centra en la práctica y sus variaciones locales, lo que facilitó su recepción e interés en diferentes comunidades de Europa, en Francia por ejemplo:

“Las coutumes de las diversas regiones francesas generalmente clasificadas como pays de droit coutumier (regiones de derecho consuetudinario)- por oposición a las costumbres de Droit écrit

¹⁸² Novena Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹⁸³ Merryman, John, op. cit., p. 20.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 33.

(regiones de derecho escrito) donde el derecho romano era influencia dominante- se convirtieron en una fuente de orgullo nacional e interés académico a medida que Francia se convertía en un estado nacional consiente de sí mismo.”¹⁸⁵

Además de despertar un sentido de identidad entre los países y de respeto a las instituciones de las comunidades originarias, el derecho común fortaleció otras áreas como la del derecho penal y posteriormente el mercantil basado precisamente en los usos y costumbres de los comerciantes. La tradición del *common law* si bien es posterior a la tradición legal romano-canónica, en países como Francia y Alemania compartieron circunstancias de tiempo y lugar, no obstante, el contexto histórico, social y político fue determinante para definir la tradición legal que dominaría en cada Estado.

En Inglaterra, por ejemplo, la transición del Feudalismo no fue tan rápida como en otros países, la administración y organización de los feudos impedía una uniformidad en el derecho. Otra cuestión decisiva es el contexto político ya que mientras en Italia o Francia se pensaba en pesos y contra-pesos de las funciones legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, dicho de otro modo, mientras que en esos países se germinaba la teoría de la División de Poderes con el fin de delimitar claramente la participación de cada uno en el Estado y restar los abusos por parte de las autoridades que los representaban, en Inglaterra no se pensaba en establecer funciones, sino que simplemente se ejercía ello en aras de formar un estado centralizado.

“En los Estados Unidos e Inglaterra [...] los jueces habían constituido a menudo una fuerza progresista al lado del individuo contra el abuso del poder del gobernante, y habían desempeñado un papel importante en la centralización del poder gubernamental y la destrucción del feudalismo. No existía aquí el temor a la intervención judicial en la elaboración de las leyes y la administración. El poder de los jueces

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 35.

para influir sobre el desarrollo del derecho común era una institución familiar y apreciada. Se aceptaba que los tribunales tenían los poderes del *mandamus* (para obligar a un funcionario a cumplir con sus deberes legales) y el *quo warranto* (para cuestionar la legalidad de un acto ejecutado por un funcionario público). El poder judicial no fue uno de los blancos de la revolución estadounidense, como lo fue en Francia.”¹⁸⁶

Lo anterior resalta la importancia de los juzgadores dentro de la tradición legal *common law*, a la vez que anticipa las fuentes en el derecho común. En la tradición jurídica romano-canónica, el que el derecho este escrito y provenga de un proceso legislativo es fundamental, de igual manera es necesaria la codificación, el rigor y el cientificismo del acto legislativo, pues sólo cumpliendo con todos esos requisitos una norma será jurídica. Merryman explica que:

“el derecho común nativo de Inglaterra, que se había desarrollado por lineamientos muy diferentes por los asumidos por el *ius commune* en el continente, no se rechazó en aras del estatismo, el nacionalismo, el positivismo y la soberanía. Por el contrario, el derecho común de Inglaterra era una fuerza positiva en el surgimiento de Inglaterra, como un estado nacional, y se tomaba vigorosamente como una demostración de la identidad y el genio nacionales. En el continente, la revolución parecía requerir el rechazo del antiguo orden legal; en Inglaterra, parecía requerir su aceptación e incluso su glorificación. Son obvias las razones las implicaciones de esta diferencia para las actitudes hacia la codificación en el mundo del derecho civil y en el mundo del derecho común. En el continente donde se consideraba necesario rechazar el *ius commune*, era natural que se codificaran nuevos sistemas legales; en Inglaterra, donde se consideraba

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 42.

necesaria la retención del derecho común, no se experimentó ninguna necesidad de la codificación.”¹⁸⁷

Por su parte, la tradición jurídica del *common law* concibe al derecho como las leyes pero no sólo aquellas provenientes del proceso legislativo, debidamente codificadas sino también aquellas derivadas de las decisiones judiciales y de las emanadas de los usos y costumbres de los pueblos nativos. No obstante, no se trata de cualquier costumbre, deben cumplirse dos aspectos, lo cuales son explicados por H.L.A Hart de la siguiente forma:

“...una costumbre sólo es derecho si pertenece a una clase de costumbres que es ‘reconocida’ como derecho por un sistema jurídico particular. La segunda cuestión se refiere al significado de ‘reconocimiento jurídico’ ¿Qué quiere decir que una costumbre es jurídicamente reconocida? [...] La costumbre no es una ‘fuente’ de derecho muy importante en el mundo moderno. Por lo común es una fuente subordinada, en el sentido de que la legislatura puede, mediante una ley, privar a una regla consuetudinaria de status jurídico; y en muchos sistemas los criterios que los tribunales aplican para determinar si una costumbre puede ser objeto de reconocimiento jurídico, están integrados por nociones tan fluidas como la de ‘razonabilidad’, que por lo menos dan algún fundamento a la idea de que al aceptar o rechazar una costumbre los tribunales ejercen una discreción virtualmente incontrolada. Aun así, atribuir el carácter jurídico de una costumbre al hecho de que un tribunal o la legislatura o el soberano la han ‘ordenado’, es adoptar una teoría que sólo puede ser sostenida si se acuerda a “ordenar” un significado tan amplio que aquélla queda desvirtuada.”¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 51.

¹⁸⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 56.

Hart, participa de una tradición *common law* en donde los usos y costumbres locales son retomados, pero destaca que para que la costumbre sea derecho debe cumplir con ciertos criterios, algo muy similar a la tradición del derecho escrito ya que si bien acepta como fuente de derecho a la costumbre esta tiene vigencia únicamente en determinado tiempo y lugar, y siempre y cuando no contravenga ninguna norma jurídica promulgada por el poder legislativo. En síntesis, el *common law* concibe al derecho como el producto de las decisiones jurisdiccionales.

Por lo que respecta a la aplicación de las normas, en el derecho común, como ya se indicó, la ley en la mayoría de los casos es producto de la interpretación, por lo que se estudia el precedente en relación al caso concreto, se interpreta, y posteriormente se aplica, y si es necesario se crea una nueva ley que resuelva la controversia en ese momento. En la tradición romano-canónica es estricta y formal, la ley ya está construida sólo falta aplicarla y preferentemente no interpretarla pues debe imperar la certeza y la legalidad. “La experiencia de los tribunales prerrevolucionarios había hecho que los franceses temieran al poder legislativo de los jueces disfrazado de interpretación. Por lo tanto algunos autores sostuvieron que debería negarse a los jueces incluso la facultad de interpretar la legislación.”¹⁸⁹

Los abusos por parte del poder judicial fueron el motivo principal para limitar su facultad de interpretación; en Inglaterra y Estados Unidos los jueces no actuaban en detrimento de los gobernados por ese motivo tras la revolución no se limitó su poder a diferencia de lo ocurrido en Francia e Italia. En países cuya tradición legal es la romano-canónica, impera el formalismo para evitar en la medida de lo posible la interpretación pero para ello es necesario que la ley sea clara, certera, completa y coherente con el sistema jurídico, sólo así el juez se limitará a observar la ley, aplicarla, y resolver una controversia.

3.2. El activismo judicial

En el apartado precedente, se expuso la función del juez tanto en la tradición legal del *common law* como en la romano-canónica; en la primera el juez es creador

¹⁸⁹ Merryman, John, op. cit., p. 64.

de normas jurídicas, mientras que en la segunda el juez es un autómatas aplicador de la ley. Al respecto, se hará referencia a dos cuestiones, la primera es la dificultad de defender la tesis según la cual, la ley es siempre clara, certera, completa, coherente, así como con mínimas posibilidades para dar pauta a la interpretación; y la segunda es la imposibilidad de prever todas las situaciones jurídicas.

Respecto a la primera, Hart sugiere que el lenguaje en variados casos puede ser poco claro, y por ello es necesaria la interpretación ya que brinda parámetros para restar la vaguedad. El jurista inglés, propone los ejemplos siguientes:

“Un hombre con un cráneo reluciente es claramente calvo; otro que tiene una hirsuta melena, claramente no lo es; pero la cuestión de si es calvo un tercer hombre que tiene una mata de cabellos aquí y otra allá podría ser discutida interminablemente, si se la considerara importante, o si dependiera de ella alguna decisión práctica.

A veces la desviación respecto del caso típico no es una mera cuestión de grado, sino que surge cuando el caso típico es de hecho un complejo de elementos normalmente concomitantes pero distintos, alguno o algunos de los cuales pueden faltar en los casos debatibles. ¿Es un bote volador un ‘buque’? ¿Podemos seguir hablando de ‘ajedrez’ si decidimos jugar sin la reina?”¹⁹⁰

Si en similitudes como los anteriores ejemplos, claramente se actualiza la necesidad de la interpretación, en el derecho la interpretación resulta por demás fundamental ya que pese a la precisión y rigor con las que se elaboran las normas, están en posibilidad de ser ambiguas. Al respecto Hart señala que:

“A menudo el uso ordinario, o aun el uso técnico de una palabra, es plenamente ‘abierto’, en el sentido de que no prohíbe la extensión del término a casos en los que solo están presentes algunas de las características normalmente concomitantes [...] los diversos ejemplos

¹⁹⁰ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 4.

de un término general están a menudo unidos entre sí de maneras totalmente diferentes de la postulada por la forma simple de definición.”¹⁹¹

Derivado de los múltiples usos de las palabras, o de la denominada *textura abierta* que existe en los términos jurídicos, surgen complicaciones como la indeterminación de las normas o el escepticismo de ellas, debido a que ese espacio vacío es un espacio de posibilidades de interpretación de una norma, son dudas que exclusivamente una autoridad puede resolver a partir de criterios de interpretación pues de lo contrario el sentido de la norma se perdería, lo que incluso podría implicar una limitación a los derechos de los gobernados.

Dicha autoridad es la jurisdiccional ya que es la facultada para aplicar la ley, en ese sentido, se ha originado un término que alude a la importancia del juez como intérprete de la ley con el fin de garantizar y proteger los derechos fundamentales. El término usado es el de activismo judicial el cual tiene entre sus “componentes esenciales: a) diligencia, b) eficacia, y c) prontitud.”¹⁹²

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prescribe el derecho de acceso a la justicia especificando que esta deberá ser expedita, de calidad, pronta, completa e imparcial, algo muy similar a las características del activismo judicial; sin embargo, lo que hace que el activismo sea tal es el hecho de que los jueces no se limiten a cumplir con lo que la ley les obliga sino que vayan más allá, es decir es que se opte por la interpretación y no la mera aplicación de la norma, pero que dicha interpretación no se traduzca en una simple deducción lógica de los enunciados normativos sino que se genere un cambio si es necesario en la legislación, en la sociedad y en la política, que permita proteger más a los derechos fundamentales.

El termino activismo judicial, es producto de la tradición *common law* ya que

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁹² Maraniello, Patricio Alejandro, El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional, p. 125. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>

“La locución ‘activismo judicial’ fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se autoproclamó ‘activista’, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso ‘Brown vs. Board of Education’ del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas americanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los cinco chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a tres millones de estudiantes de color. Los jueces, en este caso, tuvieron dos caminos, obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basaría en tan sólo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía, demostrando que chocaba con los derechos constitucionales y que estaban en vías de extinción. La Corte optó por esto último y, al año, es decir, en 1955, las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia; los Estados sureños fueron los que más se resistieron al cambio, y recién a los siete años las escuelas lo cumplieron en su totalidad. Dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo ‘Cooper vs. Aaron’ en el que la Corte reafirmó su posición, estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho Estado.”¹⁹³

Marco Feoli, interpretando lo expresado por Barak en *The judge in a democracy*, señala que el activismo judicial es “la tendencia judicial de lograr el equilibrio de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 125-126.

previamente, gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley".¹⁹⁴

El activismo en la actualidad se presenta en diversos Estados, incluso en aquellos donde la tradición del derecho escrito impera, pero no debe pasar desapercibido que es producto de la tradición del *common law* ya que en ella la figura del juez dista mucho de la figura que se tiene en la tradición del derecho romano-canónica, con el fin de mostrar dichas diferencias se propone el siguiente cuadro:

Tradición <i>Common law</i>	Tradición romano-canónica
Se concibe al juez como un héroe cultural, destacando sobre otros funcionarios; algunos jueces renombrados son: Coke, Marshall, Holmes, etc. Su función es trascendental en la sociedad pues crea el derecho.	El juez en esta tradición es un servidor o funcionario público más. La función jurisdiccional es una carrera burocrática, estrecha, mecánica y medianamente significativa.
La función del juez creó y mejora la tradición legal.	No crea la ley, la aplica y en la actualidad está facultado para interpretarla.
Crean un cuerpo de derecho que obliga a los jueces posteriores a decidir los casos similares de manera similar a través de la doctrina del <i>stare desisis</i> .	Sus decisiones en muy pocos casos son precedentes.
La legislación desempeña una función complementaria.	La legislación es la base para su decisión. Es indispensable apegarse al texto normativo.

¹⁹⁴ Feoli Villalobos, Marco, El nuevo protagonismo de los jueces: Una propuesta para el análisis del activismo judicial, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200006#n21

Se acostumbra a la revisión de la acción administrativa.	En algunos casos se revisa un acto administrativo, pero dicha revisión es exclusiva de los altos tribunales
En Estados Unidos se acepta sin serio cuestionamiento el poder de los jueces para declarar inválida la legislación inconstitucional.	En algunos casos procede la inconstitucionalidad de una norma pero requiere de un proceso riguroso y una exhausta revisión
La judicatura es una forma de respeto y prestigio destinada a los juristas destacados. El juez es una persona muy importante para la sociedad.	Es una posibilidad laboral, el respeto no viene de la sociedad sino de personas que ocupan puestos similares u otros cargos públicos.

* Tabla 1. Elaboración propia. Jueces. Cfr. Merryman, John, La tradición jurídica romano-canónica, trad. de Eduardo L. Suárez, 3ª. Reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp.72-74.

Por tanto, el activismo judicial es entendido como un movimiento en el que el juzgador, procurando una amplia protección de los derechos y en búsqueda de la verdad jurídica, resta los obstáculos formales, teóricos y políticos, y crea o transforma el derecho, el cual tiene como características:

- “El poder judicial como verdadero poder del Estado, fijando políticas judiciales.
- Respeto de la Constitución por sobre todas las normas y fundamentaciones jurídicas de las partes.
- Búsqueda primordial de la justa solución del caso
- Creatividad de las sentencias.
- Protagonismo del tribunal.”¹⁹⁵

El activismo, según Patricio Maraniello, se clasifica en:

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 128.

a) Activismo razonable o justo. Puede consistir, por ejemplo, en:

- Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.

- “Crear” derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos

- Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.

- Establecer sentencias como modelo social a seguir por el Estado y por todos los ciudadanos.

b) Activismo irrazonable o injusto. Si bien se cumple con los designios activistas, van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia.

- Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del Gobierno, a través de un salto de instancias.

- Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.

- Convalidar excesos del poder en general. Este punto tendría una función residual por la cual toda conducta que no tenga una regulación específica en lo atinente a los excesos de poder entraría dentro de los actos de excesos de poder general.

c) “Activismo social”¹⁹⁶

Entendiéndolo como una Pugna por procurar la igualdad de oportunidades, es decir defiende los derechos sociales.

¹⁹⁶ Ibidem, pp. 130-131.

3.3. Artículo 38 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El juicio de amparo, es el medio idóneo para proteger los derechos humanos y derechos fundamentales. Tiene su fundamento constitucional en los artículos 103 y 107. Este juicio se encuentra regulado de forma específica por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que en su artículo 1º señala que el objeto del juicio de amparo es:

Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

El juicio de amparo al proteger los derechos humanos y los derechos fundamentales de las personas, por consecuencia también busca garantizarlos, empero, procurando evitar confusiones, es menester establecer claras diferencias entre estos derechos y las garantías.

Por Derechos Humanos se entiende “el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.”¹⁹⁷ La Comisión Nacional de los Derechos Humanos define a estos derechos como “el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.”¹⁹⁸

Los derechos humanos son por tanto, aquellos derechos que podrían llamarse naturales en virtud de que son inherentes a la naturaleza del hombre, dichos derechos son propios de los seres humanos y tienen como características el ser universales, indivisibles, inalienables, imprescriptibles y progresivos, ello de conformidad con el artículo 1º constitucional.

Las garantías son “un léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.”¹⁹⁹ Como su nombre lo indica su fin es garantizar los derechos; “...una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores y disposiciones fundamentales.”²⁰⁰ Las garantías son el complemento a los derechos ya que obligan o prohíben determinadas acciones u omisiones.

¹⁹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, Diccionario Jurídico Mexicano, Voz: Derechos humanos, México, Porrúa, 2009, p.1268.

¹⁹⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Qué son los derechos humanos, http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos

¹⁹⁹ Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, Jueces para la democracia, Madrid, núm. 38, julio de 2002, p. 39.

²⁰⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003, t.I, pp. 273 y 338.

Para Robert Alexy los derechos fundamentales “son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas.”²⁰¹ Cabe resaltar que esto es así ya que Alexy ve a los derechos sólo como principios y no también como reglas, como lo hace Barak, quien a su vez diferencia a los derechos en derechos base y derechos derivados lo que consecuentemente, desde una primera lectura diferencia y resalta la importancia entre un derecho y otro.

Para Francisco Bastida un derecho fundamental es:

“...un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber (de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros).

Sólo son fundamentales los derechos que participan de la fundamentalidad de la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la constitución, lo cual significa que ésta, como fuente jurídica directamente aplicable establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata, y, como fuente de las demás fuentes del ordenamiento, preserva a los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas infra constitucionales (y en algunos casos incluso constitucionales) y los hace indisponibles por el legislador (e incluso por el órgano de reforma constitucional).”²⁰²

²⁰¹ Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, trad. de Rubén Sánchez Gil, p. 8.
http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales_ponderacion_y_racionalidad._Rober_Alexy.pdf

²⁰² Alexy, Robert, Bastida, Francisco José, y otros, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª Ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 116-117.

Luigi Ferrajoli distingue dos clases de derechos: fundamentales y patrimoniales. El siguiente cuadro permitirá diferenciar a los derechos fundamentales de los patrimoniales y sus singularidades:

DERECHOS FUNDAMENTALES	DERECHOS PATRIMONIALES
Son universales. Corresponden a todos los seres humanos en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar. ²⁰³	Son singulares. Corresponden a sus titulares con exclusión de todos los demás
Son inclusivos	Son exclusivos
Son indisponibles. No se pueden transmitir ni son negociables ni alienables.	Es todo derecho disponible. ²⁰⁴ Se pueden transmitir al tener una naturaleza económica.
Tienen como base la igualdad	Están en la base de la desigualdad jurídica
Son de tipo publicista. Corresponden al derecho público, ya que la relación se origina entre el estado y sus gobernados.	Son de tipo civilista. Corresponden al derecho civil, ya que la relación se origina entre particulares.

*Tabla 2. Elaboración propia. *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales en Ferrajoli*. Su contenido es obtenido del análisis al capítulo XI. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Esfera pública y esfera privada. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*.

²⁰³ Ferrajoli Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia. Tomo 1 Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 718.

Una vez que se ha distinguido entre derechos humanos y derechos fundamentales se puede concluir:

a) Que los derechos fundamentales comprenden tanto a los derechos humanos y las garantías. No obstante no todos los derechos humanos ni todas las garantías pueden tener tal carácter, ya que son derechos fundamentales únicamente aquellos que encuentran su fundamento en la constitución.

b) Que la titularidad de los derechos fundamentales corresponde únicamente a las personas, en virtud de que derivan de la naturaleza humana pero que a diferencia de los derechos humanos se encuentran positivizados en la norma fundante.

c) Que dichos derechos son propios de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho en el que la constitución como bien lo indica Ronald Dworkin y posteriormente Alexy, no está únicamente conformada por reglas sino también por principios. La norma fundante en ese tipo de Estados es la Constitución y en virtud de ello, los derechos contenidos en ella son fundamentales.

d) Que los derechos fundamentales refieren a las libertades esenciales de la persona humana, así como a las garantías procesales y penales. Como se recordara las libertades, las garantías procesales y penales tienen su origen en el periodo correspondiente a las diversas luchas por el reconocimiento de derechos de los ciudadanos, por ejemplo, la Revolución Francesa, la independencia de los algunos estados americanos como la de las 13 Colonias americanas, y el origen de las democracias liberales caracterizadas por el reconocimiento a las libertades, la tolerancia y el pluralismo político.

e) Que debido a su significado y contenido el constituyente resolvió darles el carácter de fundamentales en ese sentido, su tutela no puede quedar en simples expectativas.

f) Que los artículos comprendidos en el capítulo primero de la Carta Magna y el artículo 123 constitucional al encontrarse dentro de la lista de derechos constitucionales, son derechos fundamentales.

En esa tesitura, el juicio de amparo es un juicio que en esencia representa el derecho de acceso a la justicia constitucional, por lo que en concordancia con todo el ordenamiento jurídico, no sólo haya su fundamento en los artículos ya mencionados sino además en los artículos 13, 14, 16 y 17 constitucionales. La fundamentalidad del juicio crea un vínculo entre los gobernados y el estado, el cual se traduce en determinar las garantías para la protección de un derecho, obligando a las autoridades que representan al estado a realizar un riguroso estudio sobre una controversia en la que se vulneren derechos fundamentales.

Será provechoso para la presente investigación analizar el contenido del artículo 38 de la Ley del Amparo vigente en el país ya que permitirá adentrarse al problema del escepticismo jurídico, pues dicho precepto ha creado una penumbra en su aplicación toda vez que no hay claridad respecto de quien ha de conocer del juicio de amparo lo que conlleva a que, en caso de no ser esclarecida dicha oscuridad, se limite el derecho fundamental de acceso a la justicia de los gobernados.

Artículo 38. Es competente para conocer del juicio de amparo indirecto que se promueva contra los actos de un juez de distrito, otro del mismo distrito y especialización en su caso y, si no lo hubiera, el más cercano dentro de la jurisdicción del circuito al que pertenezca.

Por su parte el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación indica:

COMPETENCIA. PARA DETERMINARLA, CUANDO SON SEÑALADOS COMO RESPONSABLES TODOS LOS JUECES DE DISTRITO DE LA MISMA MATERIA DE CIERTO ÁMBITO TERRITORIAL, DEBE ATENDERSE, ADEMÁS DE LA CERCANÍA, A LA ESPECIALIZACIÓN.

El primer párrafo del artículo 42 de la Ley de Amparo constituye una regla de excepción a la competencia por territorio que prevé el numeral 36 del propio ordenamiento, al establecer que corresponde conocer de un juicio de garantías promovido contra actos de un Juez de Distrito a otro de igual categoría, dentro del mismo distrito, si lo hubiere o, en caso contrario, al más inmediato dentro de la jurisdicción del Tribunal Colegiado de Circuito al que pertenezca dicho Juez, regla que debe aplicarse para determinar cuál es el Juez competente cuando el amparo se promueve contra todos los Jueces de Distrito de la misma materia de un determinado ámbito territorial (distrito o circuito), aun cuando no se prevea en forma expresa esa hipótesis. Ahora bien, atendiendo a la interpretación sistemática de lo dispuesto en el referido artículo 42, no sólo debe tomarse en cuenta el factor de la cercanía, sino también la materia en que están especializados o de que pueden conocer los Jueces de Distrito. En estas condiciones, puede concluirse que el competente para conocer del amparo indirecto que se promueva contra todos los Jueces de garantías de la misma materia de un distrito, es el Juez más cercano a éstos dentro del propio circuito, si los hubiere y, en caso contrario, el más próximo de la misma materia o no especializado, aun cuando resida en otro circuito; y, en el caso de que el amparo se promueva en contra de todos los Jueces de Distrito de la misma materia de un circuito, aplicando dicha regla, será competente el Juez de garantías más cercano a ese circuito.²⁰⁵

El precepto en mención ha sido blanco de diversas controversias en cuanto a su aplicación ya que constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 36 del mismo ordenamiento en el que se indica que la competencia por territorio que corresponde conocer de un juicio de garantías promovido contra actos de un Juez de Distrito a otro de igual categoría, dentro del mismo distrito, si lo

²⁰⁵ Novena Época, Registro: 190008, Pleno, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Abril de 2001, Común, Tesis: P. /J. 44/2001, p. 75.

hubiere o, en caso contrario, es el más inmediato dentro de la jurisdicción. La singularidad del precepto provocó controversias entre los distritos judiciales, impidiendo para los actores de un juicio de garantía el acceso a la justicia pronta y expedita ya que uno y otro distrito se niegan a conocer del caso justificándose a partir de una interpretación que más les convenga, esto es posible debido a la indeterminación en el enunciado normativo.

La jurisprudencia citada resalta la importancia de la determinación en las funciones de las autoridades, ya que la obscuridad en la ley produce en los titulares de un derecho un estado de incertidumbre y para los Tribunales una dificultad para su cumplimiento.

3.4. Escepticismo jurídico

En capítulos anteriores fueron explicadas las diversas corrientes que conciben, interpretan y aplican el Derecho; una de ellas fue el realismo jurídico de la que se decía tiene como pilares: a) contrariar los conceptos esenciales de la ciencia jurídica tales como norma, validez, sanción entre otros, b) analizar los valores y negar la existencia del derecho natural c) discutir sobre la certeza y la indeterminación del derecho y d) la presencia del escepticismo jurídico. De igual manera se señaló que el realismo jurídico se desarrolla en Europa específicamente en Suecia, Dinamarca, Italia y Francia, al igual que en Estados Unidos de América, por lo que es posible afirmarse que el escepticismo es originario de dichos países.

En Italia Tarello es su principal representante, mientras que en Estados Unidos son los diversos jueces y juristas los que cuestionan las decisiones judiciales, pues en el realismo americano se advierte un escepticismo en la norma y en las decisiones de las autoridades jurisdiccionales, lo que permitió un desarrollo en la ciencia, la teoría jurídica y en la aplicación del derecho, lo que trajo como consecuencia, que se pensara una forma de contrarrestar la indeterminación de los derechos y disminuir el escepticismo frente a las normas y las decisiones judiciales.

Aharon Barak analizó la importancia de la determinación del alcance y protección de los derechos constitucionales. En su libro *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations* indica:

“El alcance de un derecho constitucional marca los límites del derecho y define su contenido; el alcance de su protección prescribe las limitaciones legales en el ejercicio del derecho dentro de su alcance. Las justificaciones para la limitación de un derecho se definen en una ley sub constitucional - por ejemplo, en el estatuto o ley común. [...] la teoría moderna de los derechos constitucionales basa su análisis en dos etapas.

En la primera etapa, el alcance del derecho constitucional se determina el área que cubre. Tanto el alcance "positivo" del derecho (es decir, lo que debe hacerse para proteger al derecho) y su alcance 'negativo' (es decir, lo que se debe hacer para no afectarlo) son determinados. En esta etapa también se define su contenido [...] los límites del derecho.

En la segunda etapa se examina si existen justificaciones constitucionales para limitar el ejercicio del derecho por una ley sub-constitucional (por ejemplo, por estatuto o derecho común). En concreto, en esta etapa se examina si el ordenamiento jurídico ofrece al derecho constitucional la protección total del alcance o una más limitada. En esta etapa se examina la medida en que el derecho se puede realizar -ya sea en toda su extensión, o con limitaciones- en el nivel sub-constitucional.

De esta manera, la teoría actual de los derechos constitucionales distingue entre los límites del derecho constitucional ('alcance') y las limitaciones impuestas a su realización por la ley ('protección'). Los límites del derecho determinan su posición en el universo de los derechos constitucionales. Sacan todo el espectro del 'campo

constitucional' y los 'contornos' del derecho sub-constitucional. Y definen el comportamiento humano.

Las limitaciones impuestas al derecho son autorizadas [...] a menudo en las disposiciones constitucionales especiales llamadas 'cláusulas limitación'. En el corazón de estas cláusulas de limitación se encuentra el principio de proporcionalidad de la teoría moderna, por tanto, distingue entre el derecho constitucional per se y sus limitaciones proporcionales por una ley sub-constitucional..."²⁰⁶

Para comprender lo enunciado por Barak conviene recordar que para Ferrajoli, el derecho es un conjunto de modalidades y expectativas deónticas, las cuales indican "el cómo" es decir, establecen una condición, y se dividen en 2 categorías:

- a) Facultativas las que a su vez se dividen en: Permiso a (son de hacer). Permiso a no – (de no hacer).
- b) Vinculativas las que a su vez se dividen en: Obligación – (Hacer). Con sanción. 2) Prohibición – (No hacer). Con sanción.

A las que si se les agregan los términos "sino", "pero", "salvo", "sin embargo", "no obstante", etcétera; pasan de ser "condición" a "ser excepción" convirtiéndose en:

- De "obligación (hacer)" a "permiso a no (hacer)".
- De "permiso a no (hacer)" a "obligación (hacer)".
- De "prohibición (no hacer)" a "permiso a (hacer)".
- De "permiso a (hacer)" a "prohibición (no hacer)"²⁰⁷

²⁰⁶ Traducción propia. Barak, Aharon, *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations*, United States of America, Cambridge University Press, 2012, pp.19-21.

²⁰⁷ Véase el punto 1.3. del capítulo 1.

En un Estado Constitucional de Derecho las libertades y derechos esenciales de los individuos se fundamentan en una norma fundante la cual se denomina constitución. En dichos estados los derechos constitucionales esto es, los permisos a y expectativas, ambas modalidades deónticas que facultan a los individuos, tienen un alcance y una protección. El alcance define el contenido del derecho. Pero también por alcance, Aharon Barak se refiere a la extensión, es decir, hasta dónde tanto espacial, temporal, personal y materialmente, un individuo es titular de un derecho, pudiendo ser dicho alcance: 1) positivo cuando se determina lo que se debe hacer para proteger el derecho, y 2) negativo cuando se prescribe lo que se debe hacer para no afectar el derecho.

Es menester indicar que los derechos constitucionales sólo disfrutan de una protección parcial es decir, no pueden ser realizados a su máximo alcance no obstante, sus limitaciones deben estar justificadas, en muchos casos, en cláusulas especiales de limitación. La protección corresponde a las obligaciones y prohibiciones determinadas en la norma pero también corresponde a las condiciones establecidas para hacerlos efectivos, ya que se trata de la medida con la que el derecho se puede realizar.

En México, el alcance define el contenido del derecho; asimismo, establece las condiciones de dicho derecho (lo que equivale a los ámbitos de validez de la norma para Kelsen). La protección refiere a las garantías de esos derechos las cuales de acuerdo a la teoría de Ferrajoli son las modalidades deónticas de obligación y prohibición. Establecer cada uno de estos aspectos de la norma es esencial ya que indica quien es el destinatario, cuál es su contenido, hasta donde “alcanza” ese derecho tanto temporal como territorialmente, el porqué de dichas condiciones y como se garantizan.

Si se cumple con lo antes referido, de manera formal se brinda seguridad y certeza jurídica a los sujetos que participan en el fenómeno jurídico. No obstante, estos elementos de los derechos no siempre están determinados lo que complica su poder ser, pues es de recordar que las modalidades deónticas son posibilidades.

Es importante tener en cuenta que no es lo mismo determinar el derecho que la determinación en los derechos.

La primera, es casi imposible ya que el derecho va en movimiento. Rolando Tamayo arguye al respecto “Un detenido análisis de la mecánica jurídica proporciona un test para la determinación (o más bien de la indeterminación) de las partículas jurídicas’.”²⁰⁸ De este modo, la determinación del derecho es impensable pues:

“Es sencillo observar que la indeterminación que acompaña al derecho se reduce progresivamente a medida que los actos de aplicación de los individuos facultados (los ‘órganos’) efectivamente ocurren. De modo que es a través del ejercicio efectivo de las facultades jurídicas que la indeterminación del derecho es progresivamente reducida. Sin embargo, aquí enfrentamos una paradoja: cuando la determinación del derecho es completa (cuando el último acto de aplicación de la secuencia es realizado) el derecho ya no es, fue. En otras palabras: una vez que el de hecho está completamente determinado (si es que podemos decir esto), el derecho ya es historia.”²⁰⁹

En ese sentido, es absurdo hablar de derecho determinado, entendiendo al derecho como todo un fenómeno jurídico progresivo. Sin embargo, si se puede hablar de una determinación en los derechos entiendo a los derechos como un conjunto de permisos a, facultades o expectativas; es decir como un conjunto de normas y principios jurídicos, tal y como lo propone Grégoire C. N. Webber, quien menciona que es necesario un proceso de delimitación del alcance y contenido de los derechos, en virtud de que

“Los derechos deben concebirse como conclusiones de un ejercicio de razonamiento práctico que tenga en cuenta no solo el interés, el valor

²⁰⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, El orden jurídico y su indeterminación Un problema de «lectura» jurídica, UNAM, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 5-2002 <http://www.uv.es/cefd/5/tamayo.html>

²⁰⁹ Ídem.

o el principio que fundamentan el derecho sino también una abundancia de otras consideraciones morales. Como consecuencia, las infracciones de los derechos no pueden determinarse hasta que se haya especificado el límite del derecho. Y una vez que un derecho ha sido delimitado teniendo en cuenta todas las razones morales relevantes, no puede estar sujeto a evaluaciones adicionales de proporcionalidad. Por lo tanto, según esta concepción, ningún derecho es absoluto en el sentido de ser ilimitado en su alcance; sin embargo, todos los derechos son absolutos en el sentido de ser incondicionalmente obligatorios dentro de su alcance apropiado”²¹⁰

No obstante, Webber explica que son dos tipos de límites por los que se pueden determinar los derechos, un límite interno, siendo aquel en el que el derecho ya está delimitado de origen; y el límite externo el cual limitará al derecho y en el que la Corte será quien determine que límites son justificados. Los parámetros para su limitación comúnmente son la seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico de la nación, prevención de desorden o crimen, protección de la salud o la moral, la protección de la libertad de otros, etc., lo que es de resaltarse es que dicha limitación provocará un menoscabo “válido” bajo un análisis de limitación, en el que la ponderación de intereses y requerimiento de proporción entre el derecho y la limitación, se presenta y cuya consecuencia no precisamente traerá una correcta delimitación de los derechos ya que es difícil atribuir pesos y medidas a las ideas, valores, hechos o intereses, y ante esa dificultad solo el primero de los límites enunciados, logra la delimitación del derecho, el segundo, el límite externo, los vuelve negociables, ya que se enfrenta al reto de lo inconmensurable.

En consecuencia, la indeterminación en los derechos se entiende como la carencia de establecer las condiciones necesarias para hacer efectivo un derecho. Tal falta puede presentarse en el sujeto titular del derecho, en el contenido material del derecho, en el tiempo y lugar para hacerlo válido o bien en sus garantías; pues

²¹⁰ Cfr. Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, USA, Cambridge University Press, 2016, pp. 116-117.

aun cuando las garantías son modalidades deónticas vinculativas, éstas son correlativas a los derechos. Por tanto, si un derecho no establece o fija las condiciones para hacerlo exigible (de alcance) el derecho es indeterminado al igual que sus garantías (protección).

En cuanto a las consecuencias de la indeterminación cabe decir que en un menor grado provoca incertidumbre y en casos extremos genera escepticismo. Respecto a la carencia de certeza jurídica en un Estado Constitucional de Derecho Luigi Ferrajoli arguye:

“...la certeza, que como sabemos supone necesariamente un sistema de derecho positivo basado en el principio convencionalista y ius positivista de legalidad, se realiza al precio de la posible incoherencia, es decir, de la presencia simultánea de normas de las que no siempre puede decirse, con juicios verdaderos o falsos, cuál de ellas es aplicable, y por lo tanto al precio de una incertidumbre de segundo grado acerca de la solución de sus posibles antinomias.”²¹¹

Por tanto, la carencia de definir el alcance y protección genera un especie de escepticismo sin embargo, no es su única causa ya que además de los realistas de Estados Unidos y los realista italianos, la incertidumbre frente a las normas fue compartida por juristas como Austin y Hart, claro está que su preocupación no versaba en el mismo sentido que lo antes expuesto.

Hart en *El Concepto de derecho*, explicaba que el lenguaje en general provoca dificultades para su comunicación, en consecuencia el lenguaje jurídico se enfrentaría a los mismos obstáculos. En ese sentido, el problema de la indeterminación en el derecho no radica en que sean precedentes o reglas de una legislación la forma en que se transmita el derecho, pues la complicación en sí es un problema en el lenguaje ya que este siempre tendrá como característica una

²¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris...* op. cit., p. 113.

zona de penumbra la cual comúnmente dejara dudas sobre lo que se quiera expresar, a esta zona la denominó la textura abierta en el derecho.

“Buena parte de la teoría jurídica de este siglo ha consistido en hacerse progresivamente cargo (y a veces en exagerar) el hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación), es mucho menos firme que lo que sugiere este contraste ingenuo. Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar.”²¹²

Según Hart, el derecho al ser una creación lingüística se enfrentará a conflictos derivados del lenguaje natural tales como la falta de certeza “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho.”²¹³ No obstante estas dificultades se pueden superar a partir de la interpretación.

Hasta aquí es posible advertir algunas causas del escepticismo: 1) escepticismo respecto del alcance y protección de la norma; 2) escepticismo respecto de las decisiones judiciales, 3) escepticismo respecto de la textura abierta

²¹² Hart, H. L. A., op. cit. p., 157.

²¹³ *Ibidem*, p. 159.

del derecho; dicho de una manera más sencilla, el primero se traduce en qué tanto una norma puede protegerme, el segundo se refiere a qué tan objetiva es una decisión jurisdiccional, y el tercero consiste en las múltiples dudas acerca de lo que se quiere transmitir con una pauta, criterio o regla. Weber añadió a su vez el problema de la inconmensurabilidad es decir, cuando el balance y la proporcionalidad toman diferentes formas bajo el enfoque recibido de la limitación de los derechos, situando intereses en un conjunto de escalas, en el que la dificultad se halla en determinar si los intereses y valores apoyan que la limitación pese más que el derecho. A su vez, Hart agrega un problema más, el cual se presenta a partir del siguiente ejemplo:

“Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro del ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito si legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección. Hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas. Por otra parte mientras no coloquemos el propósito general de preservar la paz en el parque en conjunción con aquellos casos que inicialmente no consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete a propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección, es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca: si ha de sacrificarse o defenderse algún grado de tranquilidad en el parque, frente a aquellos niños cuyo interés o placer consiste en usar ese juguete. Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema

eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general.”²¹⁴

En las especies de escepticismo antes referidas el problema principal era la falta de claridad, sin embargo, en el ejemplo anterior ya no se trata únicamente de los variados significados que una palabra puede tener sino que aún más importante, la esencia del problema son: 1) se tienen intereses en conflicto 2) se habrá de elegir cuál prevalece y 3) cual es la manera más satisfactoria de elegir.

En cada una de las referidas clases de escepticismo, pese a que un escéptico negará todas arguyendo que simplemente no hay solución a ellas, el juzgador al ser quien aplica el derecho al caso concreto es quien habría de dar solución a la problemática, ya sea a partir de una deducción lógica que ponga fin a un conflicto, ya sea a partir de atribuir significados que brinden claridad a una cuestión, ya sea a partir de la interpretación que permita desentrañar el sentido de la norma. Pero, existen los denominados casos difíciles.

Un caso difícil es aquel en el que hay una colisión de derechos, el ejemplo más sencillo es el que aporta Hart y el cual ya fue citado:

- 1) La tranquilidad en el parque VS el placer de los niños por jugar

Un ejemplo jurídico debatido en diversas constituciones es:

- 2) Libertad de expresión VS Derecho a la privacidad

Al respecto Hart indica,

“...en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas [...] esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas. En Inglaterra este hecho a menudo

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 160-161.

resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la "intención del legislador" y el derecho que ya existe..."²¹⁵

Dicho de otro modo, para Hart los casos difíciles se resuelven a partir de la discrecionalidad del juez. Según Hart si no hay antecedentes o criterios que arrojen luz sobre el problema lo adecuado será la creación de reglas. En un modelo de reglas como el de Hart esta es la solución, sin embargo se recordará que en el Capítulo I, de la presente investigación, Ronald Dworkin, no compartía el modelo del jurista inglés, señalando que además de reglas, hay principios. De acuerdo con este modelo, Dworkin niega la función creadora de los jueces ya que según él, el derecho al ser un conjunto de reglas y principios, el estudio y argumentación, a partir de los principios son quienes irradian luz al caso difícil. En ese sentido, la aplicación de los principios es aplicación del derecho ya existente por lo que será innecesaria la creación de reglas que pongan fin al conflicto.

En relación con lo anterior ¿Cuál es la solución ideal para resolver los casos difíciles? Una respuesta sería atender a los principios y argumentar a partir de ellos, limitándose el juzgador a desentrañar la voluntad del constituyente y así conservar un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, es decir, ¿debe defenderse una interpretación originalista en la que el propósito subjetivo, la intención real del autor de la norma prevalezca, o debe preferirse el propósito objetivo para alcanzar el objetivo social para el cual fue diseñado el texto jurídico? Ya que los casos son problemáticas no previstas ¿Se requiere ir más allá de la intención del legislador? ¿Se requiere de un activismo judicial que identifique el problema antes no resuelto y cree una solución que le ponga fin? Estas preguntas precisamente reflejan la pugna entre escepticismo y formalismo jurídico.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 169.

3.5. Debate ideológico entre el derecho escrito y el derecho consuetudinario

3.5.1. Contraste entre formalismo y escepticismo jurídico

En los dos capítulos anteriores se explicaron los puntos esenciales que caracterizan al derecho escrito y al derecho consuetudinario, sin embargo, con el fin de apreciar de forma próxima la pugna ideológica entre formalismo y escepticismo jurídico, en las siguientes líneas se realizara una síntesis que permita diferenciar de forma clara al formalismo del escepticismo.

Por formalismo jurídico se entiende un aspecto relevante que conforma a la tradición jurídica romano-canónica, la que defiende principios como el de división de poderes, de legalidad, el de certeza, etc. Es también una de las formas del positivismo jurídico, por lo que la codificación es uno de los aspectos que lo caracterizan, en ese sentido, se concibe y se estudia al derecho como un conjunto de normas jurídicas.

En el formalismo jurídico la forma en que se presenta el derecho resulta esencial para su aplicación, por tal motivo, las normas de producción legislativa son un aspecto importante para la creación y aplicación de las normas; razón por la cual, es importante, fundamentar, motivar y apegarse a lo establecido en las mismas, de forma tal, que los principios de certeza y legalidad son sus pilares. En el formalismo jurídico para acceder a la justicia, es necesario que el derecho este escrito y para acceder a la justicia, en específico, restitutiva, es decir para restablecer o reparar una situación de hecho o de derechos, los titulares tendrán que demostrar que los textos jurídicos, contemplen a dicha justicia.

En el formalismo jurídico, es esencial que todo acto de autoridad este determinado en la norma, y en el caso de las autoridades jurisdiccionales, su actuar se caracteriza por la congruencia y por limitarse a las cuestiones planteadas y a las consideraciones jurídicas tanto legales como doctrinarias. Si bien las autoridades jurisdiccionales poseen cierto margen de libertad en su toma de decisiones conocido

como discrecionalidad, este debe estar determinado por la norma. Las facultades discrecionales de los jueces tienen por objeto la flexibilidad en la toma de decisiones de los jueces para resolver problemas para determinar una situación incierta, ambigua o insuficiente. Es importante la discrecionalidad en el formalismo jurídico ya que permite al juzgador dar solución a los casos en los que se presenten lagunas, antinomias o colisión de derechos, no obstante, dicha discrecionalidad debe reducir las apreciaciones subjetivas para evitar la arbitrariedad.

En el formalismo jurídico, es válido un proceso argumentativo para motivar de hecho y de derecho una posible solución, sin embargo, no debe alejarse del texto jurídico la decisión final, debe respetarse el principio de congruencia con el sistema jurídico y con la Litis, no deben excederse de lo que tanto la ley como los hechos exigen, siendo aplicable lo anterior para todas las materias.

En cuanto a su metodología tiene una mayor aproximación a la corriente de la ius analítica, pues se pretende alcanzar un rigor que disminuya en la medida de lo posible la interpretación de los enunciados normativos.

Por escepticismo jurídico se entiende un aspecto relevante que conforma a la tradición jurídica del *common law*, propio de países como Estados Unidos de América, Inglaterra y Australia; a diferencia de la tradición jurídica romano-canónica, la cual se apega a lo establecido en las compilaciones normativas, el *common law* se centra en la práctica y sus variaciones locales.

A diferencia del Derecho escrito, no se defiende un principio de división de poderes, sino que se piensa en un estado centralizado en donde los jueces constituyen a menudo una fuerza que protege a los individuos del abuso de los gobernantes. En el derecho común las decisiones jurisdiccionales son una fuente importante de derecho, al igual que los usos y costumbres y no solo aquellas provenientes del proceso legislativo.

La aplicación de las normas, en la mayoría de los casos remite a la interpretación, por lo que se estudia el precedente en relación al caso concreto. Es

importante destacar que los jueces no se limitan a cumplir con lo que la ley les obliga, sino que van más allá, en consecuencia, el activismo judicial es producto de la tradición del *common law*. El activismo judicial es entendido como un movimiento en el que el juzgador procurando una amplia protección del derecho, resta los obstáculos teóricos y jurídicos, y crea el derecho.

Como consecuencia de lo anterior, el escepticismo jurídico se presenta de diferentes formas: 1) escepticismo respecto del alcance y protección de la norma, 2) escepticismo respecto de las decisiones judiciales, 3) escepticismo respecto de la *textura abierta* del derecho, 4) escepticismo respecto a los denominados *casos difíciles*, lo anterior, ya que como fue anticipado, el escepticismo retoma principios del ius realismo, el cual duda tanto de las decisiones jurisdiccionales como de los significados del lenguaje jurídico, y de la ius analítica que formula diversas dudas acerca de lo que se quiere transmitir con una pauta, un criterio o una regla.

El escepticismo jurídico, en relación a los casos difíciles, duda de la función creadora de los jueces, ya que por un lado, se defiende la discrecionalidad del juez, como la solución a un problema de colisión de derechos y por otra parte, se niega la función creadora de los jueces, ya que el derecho al ser un conjunto de reglas y principios, basta con una argumentación a partir de los mismos que irradian luz a un caso específico.

3.5.2. Formalismo y escepticismo, otra forma de ideología en el derecho.

El formalismo y el escepticismo jurídico son formas en las que se presenta el derecho, las cuales defienden un método para la aplicación del derecho, de acuerdo a la familia jurídica de la que emanan y a la corriente ius filosófica por la que se ven influenciadas.

El formalismo jurídico es una forma de ideología jurídica que concibe y estudia el derecho como un conjunto de normas jurídicas, y que aplica e interpreta al derecho como categorías formales. Es defendido por juristas y filósofos del

derecho que se apegan al rigor lógico y al carácter científico del derecho, por ello, el derecho para el formalismo, es un producto puramente jurídico sin aproximaciones, sociológicas, filosóficas o históricas.

El formalismo como ideología, defiende el principio de división de poderes, certeza y legalidad, característicos de la tradición romano-canónica. En consecuencia, no debe perderse de vista, que si bien existe una flexibilidad en las funciones de los poderes que constituyen al Estado, el eje rector de estos y la sociedad es la norma jurídica fundante.

El escepticismo como ideología, duda de qué tanto una norma puede proteger al individuo, de qué tan objetiva es una decisión jurisdiccional, y qué tanto una regla, por si misma, puede proporcionar una solución a un conflicto. Resalta la indeterminación del derecho y destaca la importancia del juez.

El escepticismo jurídico contiene principios del realismo jurídico y de la ius analítica escuelas filosóficas características y desarrolladas principalmente en países cuya tradición es la del *common law* pero así también como en países como Italia y Francia.

Es de advertir que el papel del juez en cada una de estas formas en que se presenta el derecho tiene características propias:

Escepticismo Jurídico	Formalismo Jurídico
Juez como creador del derecho.	El juez como aplicador del derecho.
La función del juez crea y mejora la tradición legal.	La función del juez no es crear ley; la aplica y en algunos casos la interpreta.
Crea derecho obligatorio para otros jueces y procura la uniformidad de sus decisiones para posteriormente decidir casos similares de manera similar.	Sus decisiones son obligatorias, pero en muy pocos casos son precedentes.

La legislación desempeña una función complementaria.	La legislación es la base para su decisión. Es indispensable apegarse al texto normativo.
En Estados Unidos de América se acepta sin serio cuestionamiento el poder de los jueces para declarar inválida la legislación inconstitucional.	En México, en algunos casos procede la inconstitucionalidad de una norma pero requiere de un proceso riguroso y una exhausta revisión

*Tabla 3. Elaboración propia. El Juez en el Escepticismo y Formalismo jurídico.

Las diferencias entre un juez con formación jurídica tendiente al formalismo o al escepticismo son claras, cada uno refleja sus aciertos y anacronismos, uno de los grandes desaciertos en el formalismo jurídico es la mera deducción lógica con la que anteriormente se resolvían los problemas, no obstante y como lo señala Barak, la Constitución es un texto jurídico viviente, es un todo legal que además de reglas contiene anhelos, valores e intereses sociales, por tal razón, si bien, en el Derecho mexicano el Juez, no es creador del derecho, pues dicha actividad recae en el Constituyente, es importante que además de aplicación de silogismos y técnicas como la subsunción, brinden soluciones suficientes que adecuen y actualicen las situaciones de hecho a las de derecho. Bajo ese tenor, además de tener como base la legislación, y considerando la importancia del principio de división de poderes, el juez debe ser interprete y en otros casos también creador, sin que ello implique contradecir o manipular el sentido de la norma o transgredir la democracia, ya que dichas acciones son esenciales para la evolución en el derecho, de igual manera, las determinaciones de los jueces deben siempre estar justificadas ya que la en los últimos años su participación ha incrementado para la construcción de un Estado de Derecho, en el que su actuar sea legítimo y coherente.

En síntesis la pugna ideológica a que se refiere esta investigación, remite a la reforma constitucional de junio de 2011, la cual transformó el rol de los juzgadores en México, razón por la que en los últimos años, el Poder Judicial se autodenomina garante y protector de los derechos humanos y la jurisprudencia funge como herramienta para la solución a problemas de indeterminación en los derechos e

incluso colisión entre estos. La facultad discrecional de los jueces se amplió²¹⁶, permitiendo, ya no solo una posible interpretación de la norma, sino que están en la posibilidad de crear derecho.

No obstante, la posibilidad creadora de los jueces comenzó un periodo de excesivo empleo de la jurisprudencia, lo que a su vez denotó, un abandono del texto jurídico, que trajo consigo:

- 1) Un alejamiento de la tradición jurídica del país y de la división de poderes, en la que si bien, existía flexibilidad en las funciones se empoderó únicamente al Poder Judicial.
- 2) Una difuminación²¹⁷ de la definición de derecho, de sus fuentes y su jerarquía, trayendo de vuelta el debate característico de las corrientes ius filosóficas acerca de lo qué es el derecho y de donde emana.
- 3) Un debate en el seno de la teoría del derecho, es decir la pugna ideológica entre el formalismo, propio de la tradición legal romano-canónica y el escepticismo jurídico, característico de la tradición del *common law*, produciendo a su vez, una incertidumbre en la teoría y en la praxis judicial.

Como es de advertirse, la evolución del Derecho en México a partir de la reforma de junio de 2011, atraviesa tres esferas del derecho: 1) la tradición jurídica (fuentes del derecho y su jerarquía); 2) la filosofía jurídica (concepto de derecho); y 3) la teoría jurídica (formalismo y escepticismo). Por lo que, en los últimos años se ha generado un desconcierto en torno a su aplicación, al grado de cuestionarse sobre si en los casos de indeterminación y en los de colisión de los derechos, la jurisprudencia es realmente el medio idóneo y si lo es, ¿En qué casos está justificado su empleo para la solución de conflictos no previstos en el ordenamiento jurídico mexicano? Se debate acerca de si es una forma de control constitucional o de si es una fuente generadora del denominado derecho espurio. Para dar respuesta a lo anterior se analizarán dos casos.

²¹⁶ En casi todas las materias a excepción de la materia económica y política.

²¹⁷ Véase García Amado, Juan Antonio, Positivismo Jurídico <http://www.garciamado.es/2014/07/positivismo-juridico-por-juan-garcia-amado/>

CAPÍTULO IV. CASOS REALES

El presente capítulo tiene como fin establecer una serie de conclusiones en el siguiente sentido, la primera parte consiste en demostrar que la evolución del derecho tanto en el campo de la filosofía jurídica como en el de la teoría general del derecho han provocado una pugna ideológica entre Formalismo y Escepticismo, la cual no forma parte de un cambio de paradigma sino solo de la evolución del derecho, dicha pugna a su vez ha provocado diversos efectos mismos que serán explicados en el segundo apartado de éstas conclusiones, de igual manera se responderán a los cuestionamientos enunciados en la introducción, y en el apartado final se explicarán hacia dónde vamos con dichos efectos y que se supone que debe hacerse.

Se proponen como casos específicos, la aplicación del artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, en el cual los criterios jurisprudenciales han interpretado esa disposición con un sentido que afecta claramente al contribuyente y el segundo caso es la aplicación del programa de verificación vehicular, conocido como Hoy no circula, en este caso el Poder Judicial resolvió un juicio en el que se ampara y protege al quejoso, sin embargo, dicha resolución dio pauta para la promoción de diversos amparos en el mismo sentido, los que a su vez dieron origen a una colisión de derechos y por ende a un caso difícil.

4.1. Artículo 69-B Código Fiscal de la Federación

El nueve de diciembre de 2013, el Congreso de la Unión emitió un Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación (CFF). Uno de los artículos adicionados es el 69-B el cual tiene como propósito la comprobación y en su caso erradicación de comprobantes que amparan operaciones inexistentes.²¹⁸ Para ello, a la Autoridad Fiscal se le

²¹⁸ Las operaciones inexistentes son aquellas operaciones que fueron amparadas en los comprobantes fiscales emitidos sin contar con los activos, personal, infraestructura o capacidad material directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan tales comprobantes, realizadas con clientes específicos e identificados, por lo que al no estar respaldadas no pueden, ni deben tener efecto fiscal alguno, independientemente de para qué contribución se pretenda utilizar.

confiere la facultad de comprobación, y en caso de que una persona física o moral no acredite la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes relativos a los comprobantes emitidos o en caso de que los contribuyentes no desvirtúen la inexistencia de los comprobantes recibidos, la autoridad también estará facultada para sancionar.

De forma literal el precepto señala:

Artículo 69-B. Cuando la autoridad fiscal detecte que un contribuyente ha estado emitiendo comprobantes sin contar con los activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan tales comprobantes, o bien, que dichos contribuyentes se encuentren no localizados, se presumirá la inexistencia de las operaciones amparadas en tales comprobantes.

En este supuesto, procederá a notificar a los contribuyentes que se encuentren en dicha situación a través de su buzón tributario, de la página de internet del Servicio de Administración Tributaria, así como mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, con el objeto de que aquellos contribuyentes puedan manifestar ante la autoridad fiscal lo que a su derecho convenga y aportar la documentación e información que consideren pertinentes para desvirtuar los hechos que llevaron a la autoridad a notificarlos. Para ello, los contribuyentes interesados contarán con un plazo de quince días contados a partir de la última de las notificaciones que se hayan efectuado.

Transcurrido dicho plazo, la autoridad, en un plazo que no excederá de cinco días, valorará las pruebas y defensas que se hayan hecho valer; notificará su resolución a los contribuyentes respectivos a través del buzón tributario y publicará un listado en el Diario Oficial de la Federación y en la página de internet del Servicio de Administración Tributaria, únicamente de los contribuyentes que no hayan desvirtuado

los hechos que se les imputan y, por tanto, se encuentran definitivamente en la situación a que se refiere el primer párrafo de este artículo. En ningún caso se publicará este listado antes de los treinta días posteriores a la notificación de la resolución.

Los efectos de la publicación de este listado serán considerar, con efectos generales, que las operaciones contenidas en los comprobantes fiscales expedidos por el contribuyente en cuestión no producen ni produjeron efecto fiscal alguno.

Las personas físicas o morales que hayan dado cualquier efecto fiscal a los comprobantes fiscales expedidos por un contribuyente incluido en el listado a que se refiere el párrafo tercero de este artículo, contarán con treinta días siguientes al de la citada publicación para acreditar ante la propia autoridad, que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios que amparan los citados comprobantes fiscales, o bien procederán en el mismo plazo a corregir su situación fiscal, mediante la declaración o declaraciones complementarias que correspondan, mismas que deberán presentar en términos de este Código.

En caso de que la autoridad fiscal, en uso de sus facultades de comprobación, detecte que una persona física o moral no acreditó la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes, o no corrigió su situación fiscal, en los términos que prevé el párrafo anterior, determinará el o los créditos fiscales que correspondan. Asimismo, las operaciones amparadas en los comprobantes fiscales antes señalados se considerarán como actos o contratos simulados para efecto de los delitos previstos en este Código.

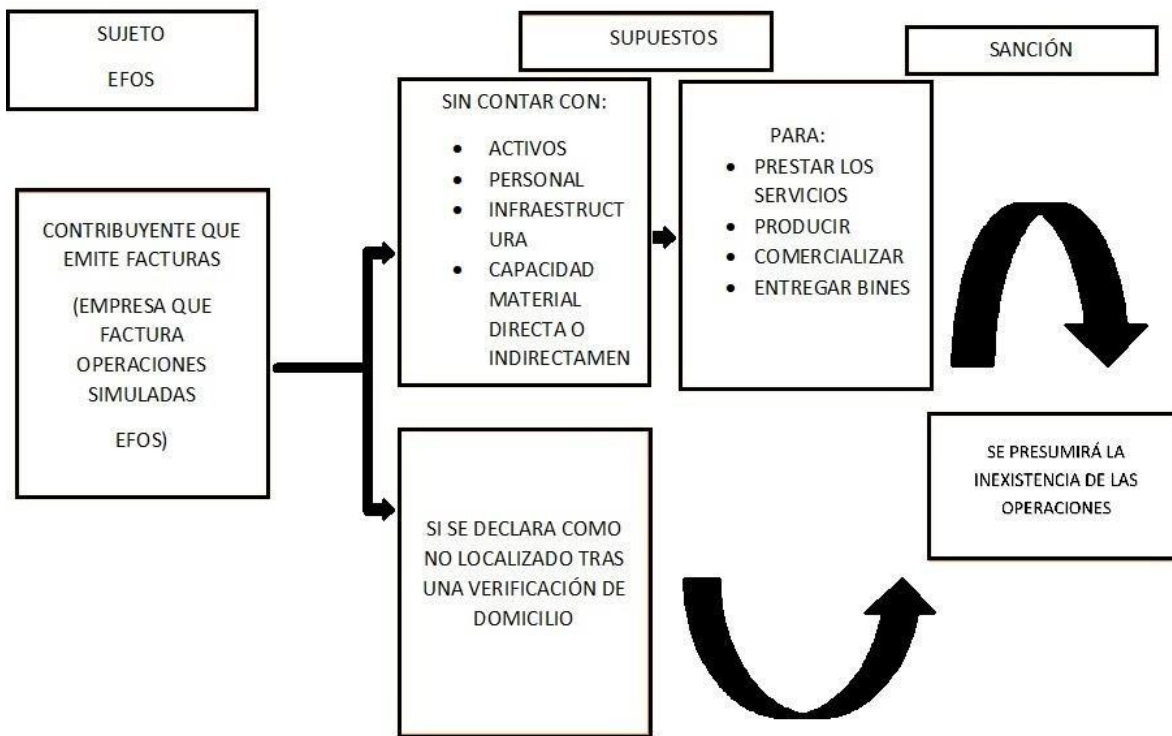
Dentro del artículo citado se establece un procedimiento fiscalizador para dos clases de contribuyentes, el primero de ellos es el que emite operaciones que no pueden acreditarse por que el contribuyente no cuenta con los activos, personal,

infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan tales comprobantes. En la práctica estos contribuyentes son conocidos como EFOS (Empresas que Facturan Operaciones Simuladas) en cuyo caso se aplicará la sanción prevista en el primer párrafo del artículo citado, es decir, la presunción (*iuris tantum*), de la inexistencia de las operaciones amparadas en tales comprobantes.

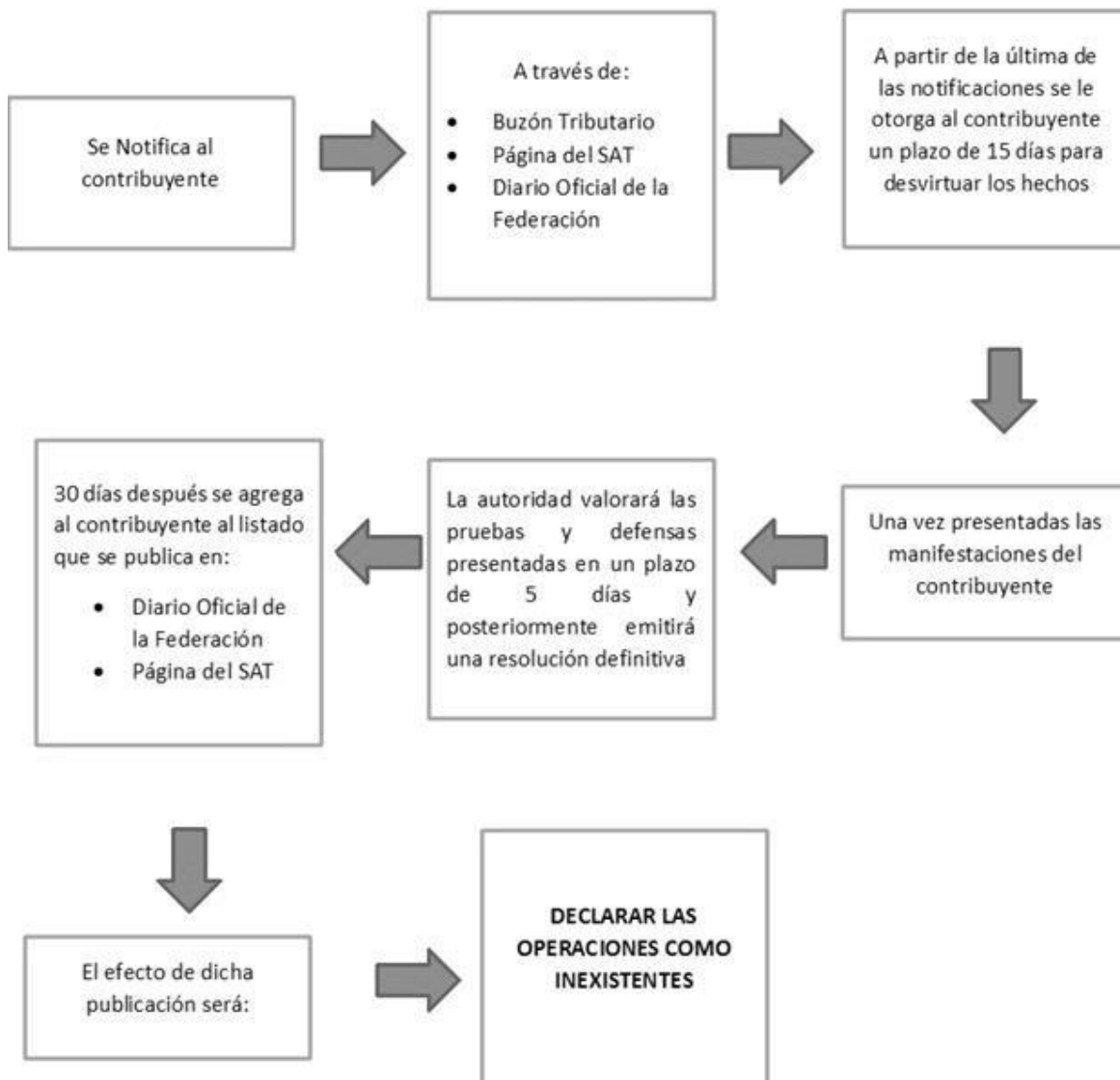
La segunda clase de contribuyentes que prevé el 69-B del Código Fiscal son aquellos que hayan dado cualquier efecto fiscal a los comprobantes fiscales expedidos por un contribuyente contemplado en el primer supuesto. Estos contribuyentes son conocidos como EDOS (Empresas que Deducen Operaciones Simuladas) en este caso la obligación del contribuyente consistirá en acreditar la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes, o de lo contrario la autoridad fiscal, determinará los créditos fiscales que correspondan.

Es decir, una vez que se establece la presunción de inexistencia de los comprobantes fiscales que emite una EFOS, los contribuyentes que tengan relación con ella y que hayan dado cualquier efecto fiscal a sus comprobantes fiscales (EDOS), deberán acreditar la efectiva prestación del servicio o la adquisición de los bienes, o corregir su situación fiscal, bajo pena de que la autoridad determinará, en uso de sus facultades de comprobación, los créditos fiscales que correspondan. Aunado a lo anterior, las operaciones amparadas en los comprobantes fiscales señalados se considerarán como actos o contratos simulados para efecto de los delitos previstos en el Código Fiscal de la Federación.

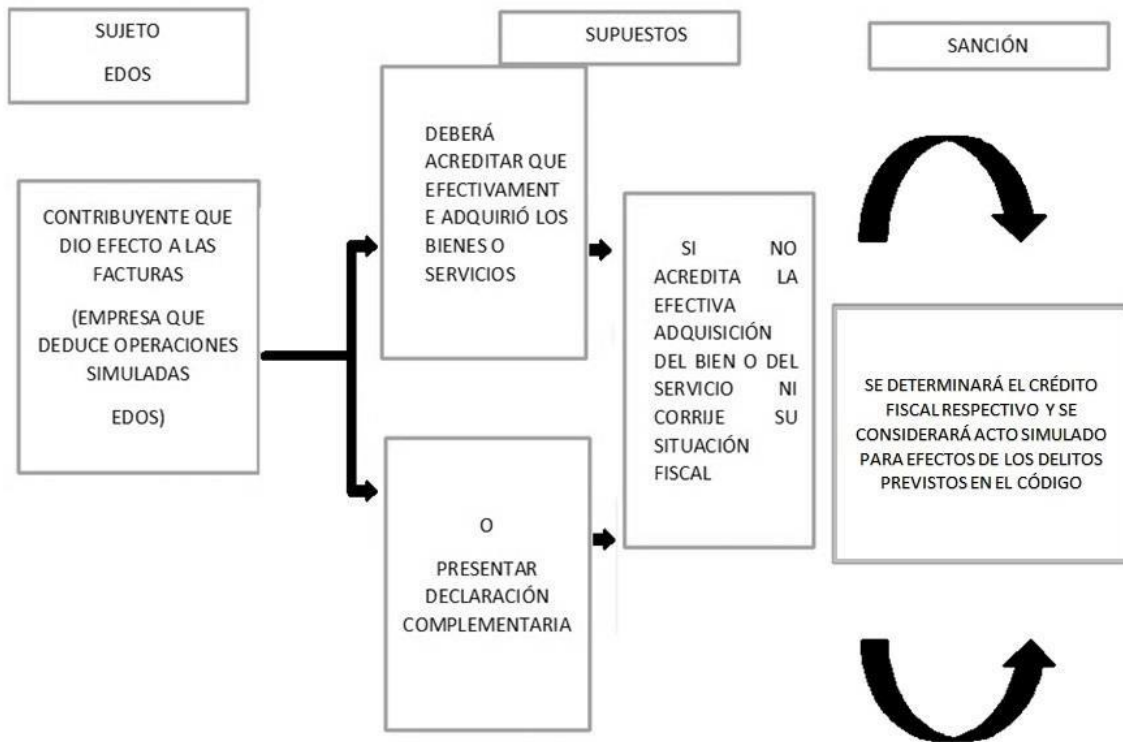
De manera sucinta, el procedimiento tiene los siguientes pasos:



* Esquema 5. Elaboración propia. EFOS. En el esquema anterior se explica el procedimiento al que se sujetan las Empresas que Facturan Operaciones Simuladas.



* Esquema 6. Elaboración propia. *Declaración de Operaciones Inexistentes*. En el esquema anterior se explica el procedimiento al que se sujetan las Empresas que Facturan Operaciones Simuladas.



* Esquema 7. Elaboración propia. EDOS. En el esquema anterior se explica el procedimiento al que se sujetan las Empresas que Deducen Operaciones Simuladas.

Por tanto, el artículo tiene alcance tanto para el contribuyente que emite los comprobantes, como para aquel que compra o adquiere los mismos. Respecto al primer grupo de contribuyentes, si no acredita que se tratan de operaciones reales, se publicara su nombre en una lista del Diario Oficial de la Federación, mientras que para el segundo grupo que hayan recibido los comprobantes, si no desvirtuaron la presunción de inexistencia de las operaciones, de conformidad con el artículo 69-B del CFF serán considerados como actos o contratos simulados y sin efecto fiscal alguno.

En una primera interpretación la adición de este artículo permitirá a las autoridades fiscales detectar a contribuyentes que estén omitiendo el pago de los

impuestos correspondientes, a través de la realización de operaciones inexistentes que se pretenden simular como reales, alcanzando dicha sanción a los contribuyentes que se benefician de esa simulación, respetando su garantía de audiencia y los derechos procedimentales que los protegen.

Sin embargo, una segunda interpretación no se limita a enunciar derechos procedimentales, sino que advierte que el en artículo 69-B las facultades conferidas a las autoridades tributarias transgreden derechos fundamentales y principios constitucionales los que de conformidad con el artículo 1º constitucional deben ser interpretados de la manera que más favorezca a la persona. Recordando lo expuesto en capítulos previos, los derechos no son absolutos; sin embargo, sus limitaciones además de encontrarse en algún texto legal, deben estar justificadas considerando en todo tiempo las exigencias constitucionales y aún más la finalidad de la norma.

Dentro de los principios y derechos que se dice son lesionados por el artículo en mención se hallan: el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, el principio de presunción de inocencia, el derecho a la reserva fiscal de los contribuyentes, el derecho a la libertad de trabajo, y el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos esto es, la prohibición de penas excesivas.

Las dos lecturas del artículo 69-B desde su aparición, han suscitado un debate en torno a la función jurisdiccional pues la primera de ellas es la interpretación dada por los jueces y tribunales lo que ha traído como consecuencia la improcedencia del juicio de amparo. La segunda interpretación es principalmente realizada por los contribuyentes quienes alegan que el artículo 69-B vulnera sus derechos fundamentales.

Para demostrar tales afirmaciones, se analizaran cinco de los criterios jurisprudenciales con los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, decidió poner fin al debate mismas que sirvieron de base al Acuerdo General número 18/2015, de trece de octubre de dos mil quince, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se levanta el aplazamiento del dictado de la

resolución en los amparos en revisión del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, en los que subsista el problema de constitucionalidad del artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación vigente a partir del primero de enero de dos mil catorce, adicionado mediante Decreto publicado el nueve de diciembre de dos mil trece; relacionado con el diverso 7/2015, de veinte de abril de dos mil quince. Dichas jurisprudencias son las siguientes:

PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. LAS PUBLICACIONES CON LOS DATOS DE LOS CONTRIBUYENTES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN NO CONSTITUYEN UNA PENA QUE DEBA RESPETAR LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El citado precepto **legal prevé un procedimiento para que las autoridades presuman la inexistencia de las operaciones de los contribuyentes** que hayan emitido comprobantes fiscales sin contar con activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan dichos comprobantes o cuando no se localice al contribuyente. Asimismo, establece que los terceros que hayan utilizado estos documentos para soportar una deducción o un acreditamiento, tendrán un plazo para demostrar ante la autoridad que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios, o para corregir su situación fiscal. En esos términos, se concluye que las publicaciones con los datos de los contribuyentes a que hace referencia el artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, únicamente tienen como finalidad que la autoridad dé a conocer que existe aquella presunción, para que tengan oportunidad de desvirtuarla y, posteriormente, declarar una realidad jurídica (sobre la

inexistencia de las operaciones celebradas con esos contribuyentes) respecto de lo cual, los terceros relacionados también pueden hacer valer lo que a su derecho corresponda, **sin que tales publicaciones constituyan una pena que deba respetar los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**²¹⁹

* Lo resaltado es propio

Como ya fue anticipado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación indica que el artículo 69 B únicamente se trata de un procedimiento que no vulnera los derechos fundamentales. En este caso determina la SCJN que las publicaciones con los datos de los contribuyentes a que hace referencia el artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación no constituyen una pena prohibida en la Constitución o que transgreda los derechos fundamentales, sin embargo es claro que existe una sanción al contribuyente como consecuencia del encuadramiento de su conducta en el supuesto normativo, por lo que resulta evidente que se aplica una pena a dichos contribuyentes, ahora bien el Poder Judicial de la Federación no abunda en el por qué no debe ser considerada una pena, y especialmente, por qué no se deben respetar los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 22 constitucional, mismo que dispone:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

²¹⁹ Décima Época, Registro: 2010621, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 161/2015 (10a.), p. 277.

Ahora bien, la siguiente jurisprudencia también emitida por la Segunda Sala del máximo tribunal establece que el mencionado artículo 69-B no contraviene el principio de presunción de inocencia:

PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

El precepto aludido prevé un procedimiento para que las **autoridades presuman la inexistencia de las operaciones de los contribuyentes que hayan emitido comprobantes fiscales** sin contar con activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan dichos comprobantes o cuando no se localice al contribuyente. Asimismo, establece que los terceros que hayan utilizado estos documentos para soportar una deducción o un acreditamiento, **tendrán un plazo para demostrar ante la autoridad que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios, o para corregir su situación fiscal**; es decir, a través del indicado procedimiento se hace del conocimiento del contribuyente la presunción a la que ha arribado la autoridad con base en la información que obra en su poder, que encuadran en las hipótesis contenidas en aquel artículo. Ante esta presunción, la autoridad debe notificar al contribuyente en términos del párrafo segundo del propio numeral, que señala que esa comunicación se hará a través de tres medios: del buzón tributario, de la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, así como del Diario Oficial de la Federación. Esta primera publicación origina la posibilidad de que el contribuyente afectado comparezca ante la autoridad con los elementos probatorios a su alcance para desvirtuar aquella determinación de la autoridad, consecuentemente, **al tratarse de una**

presunción que admite prueba en contrario y que debe fundarse en información objetiva que aluda a la falta de capacidad operativa del contribuyente para llevar a cabo las operaciones a las que se refieren los comprobantes fiscales, el artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación no contraviene el principio de presunción de inocencia, en virtud de que no se establecen ni fincan determinaciones definitivas ni se atribuye responsabilidad al gobernado, sino que prevé un llamamiento para que éste alegue lo que a su interés convenga y aporte la documentación e información que considere pertinente para desvirtuar los hechos que llevaron a la autoridad a presumir la inexistencia de las operaciones que avalan los comprobantes. Advirtiéndose así, que dicho precepto tiene una finalidad constitucionalmente legítima **al buscar dar certeza a la relación tributaria** ante el probable indebido cumplimiento del contribuyente de sus obligaciones formales y materiales.²²⁰

* Lo resaltado es propio

Por lo que respecta al principio de presunción de inocencia la SCJN, mimetiza dicho principio con el derecho de audiencia, bajo esa lógica concluye que dicho principio no se viola toda vez que se trata de un procedimiento cuya finalidad es la de constatar que el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones, por lo que si dentro de la relación tributaria hay incertidumbre la autoridad está facultada para comprobar que la información aportada por el contribuyente es objetiva, asimismo, la Corte argumenta que en caso de una supuesta inexistencia el gobernado cuenta con un plazo para desvirtuar dichos hechos.

En este caso se actualizan dos presunciones, la primera, la de inocencia establece que se es inocente hasta que se pruebe lo contrario, la segunda, la establecida en el 69-B establece que determinados actos son simulados, hasta que se pruebe lo contrario, ambas presunciones son iuris tantum, es decir, admiten

²²⁰ Décima Época, Registro: 2010276, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 135/2015 (10a.), p. 1742.

prueba en contrario, sin embargo lo que realiza la autoridad es revertir la carga de la prueba, lo que evidentemente viola la presunción de inocencia, primero se establece la presunción de simulación, es decir, una presunción de culpabilidad, que el contribuyente tendrá que desvirtuar para comprobar que sí existieron dichos actos, lo anterior contraviene el principios probatorio fundamental "El que afirma está obligado a probar", pues en este caso la autoridad afirma que el acto es simulado y es el contribuyente quién deberá probar que no lo es.

Artículo 81.- El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones.

Otra Jurisprudencia establecida por el Acuerdo General número 18/2015, de trece de octubre de dos mil quince, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la relativa a la violación del derecho a la libertad de trabajo:

PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO.

El artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce **el derecho a la libertad de trabajo y comercio señalando que no podrá ser vedada sino por determinación judicial cuando se afecten los derechos de terceros o por resolución gubernativa cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Ahora bien, el artículo 69-B**, segundo párrafo, del Código Fiscal de la Federación que prevé la publicación del listado de contribuyentes que hayan emitido comprobantes fiscales sin contar con activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan dichos comprobantes o cuando no se localice al contribuyente, **no viola el derecho referido, pues a través de esa comunicación no se impide el ejercicio de sus**

actividades comerciales, porque la facultad de la autoridad constituye una presunción que admite prueba en contrario en relación con la inexistencia de las operaciones que amparan los documentos que emiten los contribuyentes que tienen las características señaladas en el artículo del código citado, pero no limita o restringe el normal desarrollo de las actividades de la negociación, ya que puede desvirtuarse a través de los medios de defensa a su alcance. Concluir lo contrario podría menoscabar el interés de la colectividad en prevenir actividades que puedan resultar ilícitas, las que no encuentran protección constitucional, precisamente, por contravenir el marco normativo a cuyo cumplimiento se encuentra obligado el gobernado.²²¹

* Lo resaltado es propio

En el caso de la vulneración a la libertad de trabajo argumentada por los contribuyentes, la SCJN resolvió que no se actualiza la hipótesis de una supuesta violación ya que los contribuyentes que emitieron los comprobantes con presuntas operaciones inexistentes cuenta con un plazo razonable para acreditar que cuentan con activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan dichos comprobantes, por lo que si comprueban su capacidad para emitir tales comprobantes su publicación en el listado de ninguna manera los violenta jurídicamente. Sin embargo, una vez que la autoridad fiscal ubica al contribuyente en el listado que establece el artículo 69-B, dicho contribuyente no podrá emitir más Comprobantes Fiscales, lo que evidentemente limitará su actividad económica y con ello su libertad de trabajo y comercio.

²²¹ Décima Época, Registro: 2010277, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 134/2015 (10a.), p.1743.

El cuarto criterio interpretativo emitido por la Suprema Corte respecto de la constitucionalidad del artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación es respecto a la confidencialidad de la información de los contribuyentes:

PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. LOS DATOS DE LOS CONTRIBUYENTES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN SON DE CARÁCTER PÚBLICO Y, POR ENDE, PUEDEN DARSE A CONOCER A TERCEROS.

El citado precepto prevé un procedimiento para que las autoridades presuman la inexistencia de las operaciones de los contribuyentes que hayan emitido comprobantes fiscales sin contar con activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan dichos comprobantes, o bien, cuando esos contribuyentes se encuentren no localizados. Asimismo, del propio artículo deriva que una vez que la autoridad presume la inexistencia de las operaciones o la falta de localización del contribuyente, publicará en la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, **así como en el Diario Oficial de la Federación, un listado que contiene el registro federal de contribuyentes y el nombre del contribuyente que se encuentra en el supuesto relativo,** con el fin de que los terceros que hayan celebrado operaciones con estos causantes tengan la posibilidad de acreditar que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios, o para corregir su situación fiscal. Ahora bien, de **la obligación jurídica de las sociedades mercantiles de inscribir sus escrituras constitutivas en el Registro Público de Comercio, en cuyos testimonios se encuentra la razón o denominación social, se sigue que la propia legislación nacional ha determinado que esos datos son de carácter público, ya que**

cualquier persona puede consultarlos y, por ende, la publicación de esa información no se considera que viola lo dispuesto en el artículo 6o, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²²²

* Lo resaltado es propio

Por lo que hace a la reserva del secreto fiscal es menester indicar que la Corte ha señalado que la misma no es absoluta, sino relativa al establecer el artículo 69 del CFF distintas excepciones al respecto, se alegó que el artículo 69 B del mismo ordenamiento al publicar un listado que contiene el registro federal de contribuyentes y el nombre del contribuyente que se encuentra en el supuesto relativo, transgrede dicho derecho, lo cual es evidente ya que el registro de una persona moral ante el Registro Público de Comercio, es de carácter informativo, en tanto que enlistar a un contribuyente en el SAT sujeto a un procedimiento fiscalizador implica una transgresión al secreto fiscal, sin embargo la SCJN en la jurisprudencia antes citada concluye que no es violatorio pues la sola inscripción de la sociedades en el Registro Público de Comercio, hace que sus datos sean de carácter público y que cualquier persona pueda consultarlos, en consecuencia no violenta derecho o regla alguna.

Finalmente, la quinta jurisprudencia establecida por la Corte en octubre de 2015 es respecto al principio de irretroactividad de la ley:

PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

El precepto aludido prevé un procedimiento para que las autoridades presuman la inexistencia de las operaciones de los contribuyentes que

²²² Décima Época, Registro: 2010278, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 140/2015 (10a.), p. 1745.

hayan emitido comprobantes fiscales sin contar con activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan dichos comprobantes o cuando no se localice al contribuyente. Asimismo, establece que los terceros que hayan utilizado estos documentos para soportar una deducción o un acreditamiento, tendrán un plazo para demostrar ante la autoridad que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios, o para corregir su situación fiscal. Ahora bien, **el efecto del artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación sólo consiste en permitir que se detecte a los contribuyentes que emitieron una documentación sin que hubiera existido la operación o actividad que las soporte, pero ello no significa que se le quite validez a un comprobante, más bien evidencia una realidad jurídica y es que las operaciones contenidas en esos comprobantes, que en su caso hubieran sido utilizados, no cuentan con aquel soporte, por lo que si bien pudieron expedirse con anterioridad a la entrada en vigor del precepto aludido, no por ese hecho gozaban de eficacia, pues para ello necesitaban cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 29 y 29-A del Código Fiscal de la Federación.** En esas condiciones, si el comprobante no se encuentra soportado, desde un principio, por una operación real, **no puede considerarse que con el procedimiento en cuestión se modifique una situación previamente creada, cuando ésta ni siquiera existió, ya que a través de este procedimiento sólo se evidencia la inexistencia de la operación, por lo que es claro que el artículo 69-B indicado no contraviene el principio de irretroactividad de la ley contenido en**

el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²²³

* Lo resaltado es propio

El ejemplo antes citado es el que será examinado a profundidad, no por que merezca mayor atención que los demás sino porque es el que permite evidenciar a detalle la hipótesis de la presente investigación. Primeramente, es esencial remitirse a ambos artículos para posteriormente analizar qué se entiende por principio de irretroactividad de la ley, para ello se recordará lo expuesto en el Capítulo III es decir, se analizara cuál es su alcance, cuál es su protección y de que modalidad se trata así como la expectativa que le es correlativa, esto por tratarse de derechos fundamentales que supuestamente son violentados por las autoridades fiscales.

Artículo 69-B CFF (penúltimo párrafo)

En caso de que la autoridad fiscal, en uso de sus facultades de comprobación, detecte que una persona física o moral no acreditó la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes, [...] determinará el o los créditos fiscales que correspondan.

En el precepto en mención las autoridades fiscales están facultadas para determinar créditos fiscales relativos a operaciones inexistentes, se trata de una etapa del procedimiento fiscalizador.

Artículo 14 CPEUM (primer párrafo)

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Modalidad deóntica: Prohibición. Expectativa: No dar efecto retroactivo a la ley.

Alcance: La persona. Protección: A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

²²³ Décima Época, Registro: 2010275, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 132/2015 (10a.), p. 1740.

El artículo antes citado además debe ser interpretado conforme al artículo 1º constitucional, en consecuencia, también contiene un principio, esto es, el *pro personae*, por lo que es de resaltar que la retroactividad jamás será en perjuicio de las personas.

Según la SCJN, conforme a la teoría de los componentes de la norma,²²⁴ para determinar si una ley cumple con la garantía de irretroactividad prevista en el primer párrafo del artículo 14 de la CPEUM, debe atenderse a lo siguiente:

-Toda norma jurídica contiene un supuesto y una consecuencia

Asimismo:

-De dicha norma se generan derechos y obligaciones,

-A la obligación le es correlativa una expectativa positiva, y

-Si se presume que se ha cumplido con la obligación entonces se presume que se cumplió la expectativa positiva.

Sin embargo el artículo 69-B del CFF, faculta a las autoridades para dudar de los efectos del cumplimiento de una obligación pues, aun cuando se presuma el cumplimiento y su consecuencia sea inmediata y por ende corra la misma suerte, las autoridades podrán llevar a cabo un procedimiento fiscalizador, el cual modifica la situación jurídica de los contribuyentes y en el que la carga de la prueba recae sobre el contribuyente.

Ahora bien, esto transgrede el principio de irretroactividad mismo que en octubre del año 2001, fue interpretado por la SCJN de la siguiente manera:

1. Cuando durante la vigencia de una norma jurídica se actualizan, de modo inmediato, el supuesto y la consecuencia establecidos en ella. En este caso, ninguna disposición legal posterior podrá variar, suprimir o modificar aquel supuesto o esa consecuencia sin violar la garantía de

²²⁴ RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA. Novena Época, Registro: 188508, Pleno, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001, Constitucional, Tesis: P. /J. 123/2001, p. 16.

irretroactividad, atento que fue antes de la vigencia de la nueva norma cuando se realizaron los componentes de la norma sustituida -(claro ejemplo la comprobación de las operaciones a las que hace referencia el artículo 69-B)-.

2 El caso en que la norma jurídica establece un supuesto y varias consecuencias sucesivas -(en el caso del 69-B, no se actualiza la hipótesis)-.

3 La realización de alguna o algunas de las consecuencias de la ley anterior, que no se produjeron durante su vigencia, no depende de la realización de los supuestos previstos en esa ley, ocurridos después de que la nueva disposición entró en vigor, sino que tal realización estaba solamente diferida en el tiempo, ya sea por el establecimiento de un plazo o término específico, o simplemente porque la realización de esas consecuencias era sucesiva o continuada; en este caso la nueva disposición tampoco deberá suprimir, modificar o condicionar las consecuencias no realizadas, por la razón sencilla de que éstas no están supeditadas a las modalidades señaladas en la nueva ley -(Cabe señalar que esta interpretación fue brindada por la SCJN en 2001, y aunque el artículo 6 del Código Fiscal de la Federación, en su segundo párrafo ya establecía:

Artículo 6o.-...

Dichas contribuciones se determinarán conforme a las disposiciones vigentes en el momento de su causación, **pero les serán aplicables las normas sobre procedimiento que se expidan con posterioridad...**

Es decir, aunque era evidente el contraste entre dicha interpretación y el ordenal citado, no fue óbice para que se le diera el carácter de jurisprudencia a la interpretación con registro 188508, lo que evidencia la falta de correspondencia entre las interpretaciones de los juzgadores con las leyes, asimismo, es de resaltar que dichas interpretaciones dan pauta para otras interpretaciones y así sucesivamente, tal es el caso de la

jurisprudencia cuyo rubro señala **RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS.**²²⁵ Ante dichas interpretaciones sólo cabe señalar que por lo menos en materia fiscal la retroactividad no puede realizarse respecto de la causación pero de acuerdo al segundo párrafo del artículo 6 del CFF, la retroactividad de la ley si acaece respecto del procedimiento tal y como ocurre en el artículo 69-B y su interpretación: PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY, según la cual, el efecto del artículo 69-B no significa que se le quite validez a un comprobante, más bien evidencia una realidad jurídica y es que las operaciones contenidas en esos comprobantes, que en su caso hubieran sido utilizados, no cuentan con aquel soporte, por lo que si bien pudieron expedirse con anterioridad a la entrada en vigor del precepto aludido, no por ese hecho gozaban de eficacia. Lo anterior, es una evidente transgresión al principio de irretroactividad de la norma porque, si bien los artículos 29 y 29-A²²⁶ del Código Fiscal de la Federación, ya existía la

²²⁵ RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS., El análisis de retroactividad de las leyes implica estudiar si una determinada norma tiene vigencia o aplicación respecto de derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. En cambio, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley supone la verificación de que los actos materialmente administrativos o jurisdiccionales estén fundados en normas vigentes, y que en caso de un conflicto de normas en el tiempo se aplique la que genere un mayor beneficio al particular., Novena Época, Registro: 162299, Primera Sala, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Abril de 2011, Constitucional, Tesis: 1a. /J. 78/2010, p. 285.

²²⁶ El **artículo 29** del CFF señala que cuando las leyes fiscales establezcan la obligación de expedir comprobantes fiscales por los actos o actividades que realicen, por los ingresos que se perciban o por las retenciones de contribuciones que efectúen, los contribuyentes deberán emitirlos mediante documentos digitales a través de la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria. Las personas que hubieran retenido contribuciones deberán solicitar el comprobante fiscal digital por Internet respectivo. Los contribuyentes deberán cumplir con las obligaciones de: Contar con un certificado de firma electrónica avanzada vigente. Tramitar ante el Servicio de Administración Tributaria el certificado para el uso de los sellos. Cumplir los requisitos establecidos en el artículo 29-A. Remitir al Servicio de Administración Tributaria, antes de su expedición, el comprobantefiscal digital por Internet respectivo a través de los mecanismos digitales que para tal efecto determine dicho órgano desconcentrado mediante reglas de carácter general, con el objeto de que éste proceda a: a) Validar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 29-A de este Código. b)

obligación de los contribuyentes de expedir y recibir comprobantes fiscales por los actos o actividades que realicen los cuales deberán atender a las características y requisitos establecidos en ambos artículos (sustancia); el procedimiento es lo que resta verdaderamente validez (normas de acción) sin las cuales no sería posible arribar a la conclusión de inexistencia. Ahora bien, el problema no es si modifica una situación creada, tal y como lo arguye la SCJN, sino que eso es valioso a partir de un procedimiento inexistente con anterioridad, es decir, a situaciones pasadas se está aplicando un procedimiento que en su momento es inexistente pero el cual es permitido tanto por la ley específica de la materia y las interpretaciones de la SCJN, que más que aclarar la norma sirvieron para tornar indeterminado el principio de irretroactividad y para volver negociables los derechos de los contribuyentes.)-

4. *Cuando la norma jurídica contempla un supuesto complejo, integrado por diversos actos parciales sucesivos y una consecuencia -(no se actualiza la hipótesis).*

En octubre de 2015, la SCJN resolvió que el artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación no transgrede el principio de irretroactividad de la ley, ya que sólo consiste en permitir detectar a las autoridades fiscales operaciones inexistentes, de igual manera permite determinar el o los créditos fiscales a los contribuyentes que adquirieron comprobantes que no amparan la efectiva prestación de bienes o servicios. La SCJN alega que tal acción no le quita validez a un comprobante, e insiste en señalar que se trata de un procedimiento que evidencia una realidad jurídica, en la que no se cumplió con una obligación fiscal.

Asignar el folio del comprobante fiscal digital. c) Incorporar el sello digital del Servicio de Administración Tributaria. Entregar o poner a disposición de sus clientes, a través de los medios electrónicos que disponga el citado órgano desconcentrado, el archivo electrónico del comprobante fiscal digital por Internet y, cuando les sea solicitada por el cliente, su representación impresa, la cual únicamente presume la existencia de dicho comprobante fiscal. Cumplir con las especificaciones que en materia de informática determine el SAT mediante reglas de carácter general.

El **artículo 29-A**. Establece los requisitos que deberán contener los comprobantes fiscales digitales a que se refiere el artículo 29 del CFF.

En consecuencia, si bien dichas operaciones, de hecho pudieran gozar o no de eficacia, pues quizás no cumplían con los requisitos establecidos en los artículos 29 y 29-A del Código Fiscal de la Federación, lo importante es indicar que la interpretación ofrecida por la Corte no sólo va en contra de sus propios criterios como lo es el de octubre de 2001, en el que se explica el principio de retroactividad de las leyes conforme a la Teoría de los componentes de la norma, sino que además contraría el sentido de lo plasmado por el Constituyente en el artículo 14, en consecuencia la interpretación de la corte no atiende a la normatividad constitucional, pareciendo incluso contradecirla.

Pese a lo anterior, los argumentos que arguyen la inconstitucionalidad del artículo, la transgresión al principio de irretroactividad de la ley así como a sus derechos fundamentales como contribuyentes fueron insuficientes para calificar como violatorio al artículo 69-B, así como para hacer procedente la suspensión en el amparo respecto de dicho precepto.

Sirviendo de apoyo a lo anterior la jurisprudencia cuyo rubro señala:

SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA RESPECTO DE LOS EFECTOS Y LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.²²⁷

Pero ante la constante emisión de comprobantes de pago que amparaban operaciones inexistentes, resultaba necesario una acción pronta y efectiva que rescatara la intención del legislador e hiciera cumplir el propósito de la norma es decir, tener certeza en las operaciones realizadas por el contribuyente y en consecuencia claridad en su relación de éste con el fisco. Es así, que la SCJN se convirtió en un actor político, y pretendiendo crear derecho únicamente redefinió el alcance y la protección del artículo 69- B del CFF, no obstante, prescindió de la

²²⁷ Décima Época, Registro: 2008375, Plenos de Circuito, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, Común, Tesis: PC. IV. A. J/10 A (10a.), p. 2106.

normatividad vigente, pues las interpretaciones dadas además de violentar el principio de presunción de inocencia, el derecho a la reserva fiscal de los contribuyentes, el derecho a la libertad de trabajo, y el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos esto es, la prohibición de penas excesivas, también modificó la esfera jurídica del contribuyente a partir de un procedimiento antes inexistente, es decir, lesionó los derechos fundamentales y fue omisa a los principios constitucionales, pues si bien era necesario y se pretendía regular la actividad de las Empresas que Facturan Operaciones Simuladas y de las Empresas que Deducen Operaciones Simuladas, no es dable realizarlo a través de interpretaciones que transgreden el propio sistema normativo.

Ya que se producirán inconsistencias como el que aun sobre un mismo tema, las interpretaciones no sean uniformes; por lo que 1) se torna indeterminada la situación jurídica de los gobernados; 2) evidenciando que las normas que emanan de la Constitución aunque determinen de manera específica un derecho, estos, al ser interpretados se vuelven negociables; 3) que los legisladores están delegando sus funciones a las autoridades jurisdiccionales o bien que hay una ambición de poder creador por parte de los juzgadores y 4) que la incertidumbre en los derechos de los gobernados es constante ya que queda al arbitrio de la interpretación de las autoridades jurisdiccionales.

4.2. Programa doble *hoy no circula*

El siguiente caso también demostrará la evolución que poco a poco se ha venido presentado en el sistema jurídico mexicano, dicho caso es el denominado Programa temporal del hoy no circula, el cual fue punto de discusión para autoridades, abogados y la población en general.

El 17 de marzo de 2016 se emitió un Boletín Informativo relativo a una contingencia ambiental atmosférica por ozono sufrida en la Zona Metropolitana del Valle de México. En dicho boletín la Comisión Ambiental de la Megalópolis informaba una alteración en los sistemas meteorológicos lo que propiciaba un

moderado transporte de humedad desde el océano Pacífico, lo que trajo como consecuencia la permanencia de la fase 1 de contingencia ambiental.

El jueves 17 de marzo de 2016 a todos los vehículos con engomado de color verde y terminación de placas 1 o 2 se les restringió la circulación en 16 delegaciones de la Ciudad de México y en 18 municipios conurbados del Estado de México. Quedando exentos los vehículos con:

“holograma de exento, vehículos no contaminantes; destinados a prestar servicios de emergencia, médicos, seguridad pública, bomberos, rescate, protección civil y servicios urbanos, destinados a cortejos fúnebres y transporte de servicios funerarios con autorización o permiso; los destinados a transportar o que sean conducidos por personas con discapacidad; los del servicio público federal de transporte de pasajeros con autorización; vehículos con placas de auto antiguo, los de procedencia extranjera o los matriculados en entidades federativas distintas al Distrito Federal y Estado de México; motocicletas, de ‘transporte de productos perecederos’, y destinados a operaciones de trasvase de gas LP.”²²⁸

El 30 de marzo de 2016, el jefe de gobierno de la Ciudad de México, Miguel Ángel Mancera Espinosa, anunció la aplicación del Programa Hoy No Circula a todos los vehículos de la zona metropolitana, lo que comenzaría a partir del martes 5 de abril y hasta el 30 de junio de 2016 (Anexo 2). El 5 de abril de 2016 se dio inicio al Programa Temporal Hoy No Circula, estipulando que todos vehículos sin distinción alguna estarían obligados a descansar un día entre semana y un sábado de cada mes, dependiendo del color de su engomado y la terminación de sus placas (Anexos 3 y 4).

El 09 de julio de 2016 la Comisión Ambiental de la Megalópolis informó que la intensidad del viento en superficie producía una mejora en las condiciones de

²²⁸ Sistema de Monitoreo Atmosférico de la Ciudad de México, Boletín Informativo 12:30h, Fase I de Contingencia <http://www.aire.df.gob.mx/default.php?ref=Y2k=>

dispersión de la atmósfera por lo que, se suspendió la Fase I de Contingencia Ambiental Atmosférica por Ozono. Sin embargo, durante cuatro meses los gobernados inconformados por la restricción al tránsito vehicular, libertad consagrada en el artículo 11 y cuya limitación se encuentra dentro del mismo artículo; promovieron diversos amparos en lo que reclamaban el impedimento a la libre disposición de sus propiedades, en este caso el libre uso de sus vehículos.

Cabe señalar, que en los amparos promovidos, la autoridad responsable ordenadora estaba representada por la C. Tanya Müller García, Secretaria de Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México, en tanto que entre las autoridades responsables ejecutoras regularmente se hallaban: la Dirección ejecutiva de vigilancia Ambiental, dependiente de la Secretaria de Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México, la Coordinación técnica y de inspección ambiental a fuentes fijas y móviles dependiente de la Secretaria de Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México, la Subdirección de inspección a fuentes móviles dependiente de la Secretaria Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México, la J.U.D. de gestión de sanciones a fuentes móviles dependiente de la Secretaria Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México, el Coordinador de las Patrullas Ecológicas de la Secretaria del Medio Ambiente de la Ciudad de México, dependientes de la Secretaria Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México.

Además de reclamar la limitación a su derecho de propiedad, previsto en el artículo 27 de la Carta Magna, también se reclamaba la transgresión a otros principios y garantías constitucionales, como: la garantía de igualdad constitucional establecida en el artículo 1º, a la garantía de legalidad prevista en los artículos 14 y 16, al principio de supremacía de la ley dispuesto en el artículo 133, así como a la garantía de irretroactividad prevista en el artículo 14. Tal es el caso del juicio de amparo 667/2016 cuyos actos reclamados son los siguientes:

“De la C. Tanya Müller García, Secretaria de Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal se reclama la suscripción y expedición del Acuerdo No. 42 Bis de fecha 01 de Abril de 2016, mismo que fue

publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el día 04 de Abril de 2016, por el cual se dan a conocer las medidas temporales para prevenir, controlar y minimizar las contingencias ambientales o emergencias ecológicas provenientes de fuentes móviles, en el cual se señala "...3. MEDIDAS APLICABLES. Se limita la circulación de los vehículos automotores... sin considerar el holograma que porten (00, 0, 1 y 2), en un horario de las 05:00 a las 22:00 horas, así como un sábado al mes, de acuerdo al último dígito numérico de las placas de circulación o color del engomado...", lo anterior conforme a una tabla que se agrega en el acuerdo respectivo, en lo que interesa NO CIRCULANDO mi vehículo automotor los días MIÉRCOLES, acuerdo del cual se pretende aplicarme desde el día 05 de Abril al 01 de Julio de 2016, conforme a los numerales 2 APLICACIÓN u 6 VIGENCIA del citado acuerdo, del cual se exhibe en copia simple como ANEXO 1, violando con ello la garantía de igualdad constitucional establecida en los artículos 1 constitucionales, la garantía de legalidad, debida fundamentación y motivación establecida en los artículos 14 y 16 constitucionales y la violación a los principios de supremacía de la Ley y reserva de ley en materia reglamentaria, al haber usurpado la función reglamentaria del titular del ejecutivo local consagrada en el artículo 122, Base Segunda, Fracción II, inciso B).

Asimismo, se reclama de dicha autoridad cualquier acto ordenado o emitido al amparo del Inconstitucional Acuerdo ya sea por si, sus subalternos autorizados por la Secretaria de Medio Ambiente de la Ciudad de México.

De las autoridades responsables señaladas como ejecutoras: La ejecución, verificación y sanciones, multas que de dicho acuerdo

emanen, y como consecuencia se limite mi libre tránsito a bordo de mi vehículo * (Doble cero).”²²⁹

Dicho de otra forma, los actos reclamados consisten en suscripción y expedición del Acuerdo No. 42 Bis de fecha 01 de Abril de 2016, la limitación vehicular, y el violentar la garantía de igualdad constitucional y la garantía de legalidad, los principios de supremacía de la Ley y reserva de ley en materia reglamentaria. En relación a los hechos expresados se resumen de la siguiente manera:

- 1.- Es propietario de un vehículo con verificación Doble cero, lo que acredita con factura en original.
2. El 03 de octubre de 2013 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el “Convenio de coordinación por el cual se crea la Comisión Ambiental de la Megalópolis”.
3. El día 19 de Junio de 2014 se publicó en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, el decreto por el que se expide el Programa Hoy No Circula en el Distrito Federal.
4. Que el día 11 de Febrero de 2016 se publicó en Gaceta Oficial de la Ciudad de México el Programa y Manual de Contingencias Ambientales Atmosféricas en el Distrito Federal.
5. El día 30 de Marzo de 2016 la Comisión Ambiental de la Megalópolis publicó el Anuncio sobre Medidas emergentes para modificar el programa de contingencias ambientales y el hoy no circula.
6. El 01 de Abril de 2016, el gobierno del Distrito Federal por conducto de la Secretaria del Medio Ambiente acordó emitir un acuerdo por el

²²⁹ Amparo Indirecto 667/2016, Audiencia constitucional en el juicio de amparo 667/2016, Juzgado Decimosegundo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México. <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp?TipoAsunto=1&TipoProcedimiento=979&Expediente=667%2F2016&Buscar=Buscar&Circuito=1&CircuitoName=PRIMER+CIRCUITO&Organismo=731&OrgName=Juzgado+D%E9cimo+Segundo+de+Distrito+en+Materia+Administrativa+en+la+Ciudad+de+M%E9xico&TipoOrganismo=0&Accion=1>

cual se dan a conocer las Medidas temporales para prevenir, controlar y minimizar las contingencias ambientales o emergencias ecológicas provenientes de fuentes móviles, en el que se "... limita la circulación de los vehículos automotores... sin considerar el holograma que porten (00, 0, 1 y 2), en un horario de las 05:00 a las 22:00 horas, así como un sábado al mes, de acuerdo al último dígito..."²³⁰

Bajo esa premisa, la aplicación del multireferido acuerdo de 01 de abril de 2016, le causaba perjuicio a la quejosa ya que su vehiculó automotor no circularía los días miércoles, desde el día 05 de abril y hasta el 01 de Julio de 2016. En ese sentido sus conceptos de violación hechos valer consistían en:

PRIMERO. Violación al principio y limitaciones de la facultad reglamentaria establecida en el artículo 122, Base Segunda, fracción II, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y, por ende, del principio de legalidad consagrado en los artículos 14 y 16 constitucionales, en razón de que el acuerdo que se reclama fue expedido exclusivamente por Tanya Müller García en su carácter de Secretaria de Medio Ambiente en el Distrito Federal, sin que interviniera de manera alguna el único funcionario con la facultad indelegable de expedir reglamentos, a saber, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

SEGUNDO. Que se viola en su perjuicio el derecho de igualdad en razón de que su vehículo nuevo Marca *(Doble cero), pues las emisiones contaminantes que expide son mínimas a las establecidas en el Programa de Verificación Vehicular, siendo amigable con el medio ambiente.

TERCERO. Que se viola el contenido de los artículos 4 y 16 constitucionales en virtud de que con las modificaciones que se

²³⁰ Ídem.

realizan al programa de contingencias ambientales y programa hoy no circula el mencionado derecho no se cumple. La creación del acuerdo carece de una debida fundamentación y motivación ya que las medidas que contempla no se encuentran íntimamente vinculadas con prevenir, controlar y reducir las emisiones de contaminantes provenientes de vehículos automotores en circulación.²³¹

Lo interesante en el presente asunto, es como ha de resolver la Juez Decimosegundo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, ya que posterior a analizar la certeza y existencia de los actos reclamados, y en el entendido de que los argumentos vertidos por la quejosa dentro de su escrito de demanda de amparo, concluye que lo conveniente será estudiar los cuestionamientos suplidos en su deficiencia, en términos del artículo 79 de la Ley de Amparo.

Asimismo, en su análisis lógico-jurídico, se remite al párrafo segundo del artículo 14 constitucional a efecto de emitir una sentencia para el caso específico, en la que también invoca dos teorías, la teoría de los derechos adquiridos y de las expectativas de derechos y, por otra, los componentes de toda norma jurídica, como son el supuesto y su consecuencia.

En cuanto a la primera, la Suprema Corte señala:

DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS DE DERECHO, CONCEPTO DE LOS, EN MATERIA DE RETROACTIVIDAD DE LEYES.

El derecho adquirido se puede definir como el acto realizado que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y ese hecho no puede afectarse, ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; la expectativa del derecho es una pretensión de que se realice una

²³¹ Ídem.

situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado.²³²

La importancia de dicha tesis, radica en identificar lo que se reclama es decir, distinguir si se trata de un derecho el que puede definirse como el acto realizado que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y ese hecho y que por tanto no puede afectarse, o de una expectativa la que de acuerdo a lo expresado por la Corte remite a una esperanza, luego, si se trata de un derecho evidentemente se actualiza el principio de irretroactividad de la norma, cosa que no acaece con las expectativas al representar únicamente ilusiones.

Por lo que hace a la segunda de dichas teorías, la cual ya fue estudiada en líneas precedentes, se detecta que si bien toda norma jurídica contiene un supuesto y una consecuencia, sin embargo, el supuesto y la consecuencia no siempre se generan de modo inmediato, por lo que una norma posterior no podrá modificar ni los actos de algún supuesto ni las consecuencias de una ley anterior.

Por lo que una vez aportados todos los elementos necesarios y suficientes para emitir la resolución que pongan fin a la controversia, la Juez resolvió que el Acuerdo por el que se dan a conocer las medidas temporales para prevenir, controlar y minimizar las contingencias ambientales o emergencias ecológicas, provenientes de fuentes móviles, contraviene el derecho de no retroactividad de la ley, por considerar que se desconocen los derechos adquiridos de la quejosa con anterioridad a su entrada en vigor, consecuentemente, se le concede el amparo y protección de la Justicia de la Unión, solicitado en contra del Acuerdo por el que se dan a conocer las Medidas Temporales para Prevenir, Controlar y Minimizar las Contingencias Ambientales o Emergencias Ecológicas, Provenientes de Fuentes Móviles, para el efecto de que la quejosa sea desincorporada de su aplicación y pueda circular libremente en su vehículo automotor todos los días. Lo anterior debido a que:

²³² Ídem.

1) La quejosa acreditó poseer un derecho, es decir la propiedad de un vehículo, así como su respectiva Constancia de Verificación tipo "00", la que hasta el 04 de abril de 2016, le permite exentar las limitaciones a la circulación establecidas por el Programa Hoy No Circula.

2) La aplicación del Acuerdo por el que se dan a conocer las medidas temporales para prevenir, controlar y minimizar las contingencias ambientales o emergencias ecológicas, provenientes de fuentes móviles, establece que "Las presentes medidas aplican a todos los vehículos automotores matriculados y/o que circulen en el territorio de la Ciudad de México, sea cual fuere el origen de las placas y/o matrícula del vehículo"

3) Por lo que atendiendo a las dos teorías expuestas la teoría de los derechos adquiridos y de las expectativas de derechos y, por otra, los componentes de toda norma jurídica, como son el supuesto y su consecuencia, así como al párrafo primero del artículo 14 constitucional, es evidente que el Acuerdo antes referido, transgrede el principio de irretroactividad de la norma, al pretender modificar el ejercicio de un derecho, en el caso específico, el encontrarse exento de las limitaciones a la circulación establecidas por el Programa Hoy No Circula, debido a que la aplicación del Acuerdo único por el que se establecen las medidas temporales para limitar la circulación de los vehículos automotores en los municipios conurbados del Estado de México de la Zona Metropolitana del Valle de México (ZMVM) (Hoy no circula) para controlar y reducir la contaminación atmosférica y contingencias ambientales atmosféricas.

La resolución antes estudiada es un claro ejemplo de un ejercicio de ponderación, sin embargo, también demuestra el interés por aproximarse al activismo judicial Maraniello, denominó razonable o justo, ya que en el caso anterior, se ampliaron las garantías procesales y la interpretación de los derechos, se realizó en razón de la protección de los derechos del quejoso, es decir, el aplicador de normas, se alejó de las maquinales funciones desempeñadas día con día y se convirtió en interprete, ideólogo, proyectista y tras haber analizado todas las posibles formas de resolver una problemática si es que no hay alguna que resuelva

el fondo del problema, en creador de derecho, cuestión que acaece en el Amparo Indirecto 667/2016.

El principio ontológico de la prueba conforme al cual “lo ordinario se presume, mientras que lo extraordinario se prueba”, se fundamenta en la forma natural en la que suceden las cosas, es decir, dentro de nuestra tradición jurídica romano-canónica lo ordinario es el formalismo jurídico en el que la Corte no tiene por qué ir más allá de lo especificado en la norma. La mayoría de los casos suelen ser ordinarios, por lo que el juzgador debe limitarse a una interpretación del texto jurídico, no agregar ni mucho menos omitir nada. No obstante, cuando se presentan casos como los antes estudiados se exige de una interpretación que vaya más allá de la norma, es decir, que tienda al activismo judicial.

Además del criterio previamente explicado, es importante destacar la Contradicción de Tesis 88/2015, sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero del Segundo Circuito con Residencia en Nezahualcóyotl, Estado de México y Segundo en Materia Administrativa del Primer Circuito, de 1 de julio de 2015, cuyos antecedentes y consideraciones sostenidas por los Tribunales Colegiados de Circuito en las resoluciones respectivas medularmente señalan:

“Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, con residencia en Nezahualcóyotl, Estado de México, R.I. 261/2014.

1. La quejosa promovió juicio de garantías en contra del secretario del Medio Ambiente y secretario de Seguridad Ciudadana del Estado de México, así como del jefe de Gobierno y secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal; a los cuales reclamó el "Acuerdo que establece las medidas para limitar la circulación de los vehículos automotores en los municipios conurbados del Estado de México de la zona metropolitana del Valle de México" y el "Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el Segundo Semestre del año dos mil catorce para el Distrito Federal" y "Programa Hoy No Circula en el Distrito Federal", concretamente el establecimiento del año

modelo del vehículo para determinar el holograma del automóvil, así como sus efectos y consecuencias.

De tal asunto conoció el Juzgado Décimo Segundo de Distrito en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, se admitió el incidente de suspensión, se negó la suspensión provisional y se señaló fecha para la audiencia incidental, en la que igualmente se negó la suspensión definitiva solicitada porque, estimó el Juez de Distrito que de otorgar la suspensión por los efectos y consecuencias de los actos reclamados, consistentes en que por el año modelo del vehículo de la quejosa no obtuviera la calcomanía cero, y por ello no se le permitiría la circulación un día a la semana y todos los sábados con motivo de lo indicado en el nuevo Programa de Verificación; se estarían dando efectos restitutorios a los actos reclamados además de que se contravendrían cuestiones de orden público, en perjuicio del interés social, transgrediendo lo dispuesto en el artículo 128, fracción II, de la Ley de Amparo.

2. En contra de esa determinación, la quejosa promovió recurso de revisión, el cual fue turnado al Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito y quedó registrado bajo el número **R.I. 261/2014**; el cual, en sesión de trece de noviembre de dos mil catorce, confirmó la negativa de la suspensión definitiva, con base en los siguientes argumentos:

a) De otorgarse la suspensión se contravendrían disposiciones de orden público y se afectaría el interés social, ya que el decreto que se reclama, constituye una norma de orden público atendiendo a sus fundamentos legales y de interés social dada la finalidad que lo motivó.

b) De concederse la suspensión de los efectos y consecuencias solicitada, se iría en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; concretamente de sus artículos 2, 25, numeral 1 y 28; así como de lo establecido en los Protocolos de Montreal relativos a sustancias agotadoras de la capa de ozono y en el Protocolo de Kyoto sobre cambio climático, así como diversas

disposiciones de derecho interno. Se impediría preservar el derecho a tener un medio ambiente adecuado, que le asegure la salud, el desarrollo y el bienestar, así como a proteger el equilibrio de los ecosistemas del país frente a los efectos adversos del cambio climático, reduciendo las emisiones de los gases de efecto invernadero.

c) Si bien el Programa prevé excepciones para su aplicación, no obra constancia en autos de que la quejosa se encontrara en algún caso de éstos, como son, entre otros: que su vehículo cuente con el holograma cero o doble cero.

d) La suspensión no debe crear nuevas situaciones, toda vez que no es la instancia para valorar si dicho automóvil cumple con las condiciones de emisiones de contaminantes que puedan considerarse equivalentes al holograma que le permitiera circular como pretendió en su demanda.”²³³

Lo que debe resaltarse en el caso, es que el principio relativo al interés colectivo estaba por encima del particular, y que de otorgarse la suspensión se produciría un daño al medio ambiente, al equilibrio ecológico o se afectaría la salud de las personas y la suspensión sería constitutiva de derechos al conceder un beneficio que la ley no otorga, al prescindir de un requisito referente al año modelo del vehículo automotor.

²³³ Cfr. SUSPENSIÓN DEFINITIVA. PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTABLECER EL AÑO MODELO DEL VEHÍCULO COMO FACTOR PARA DETERMINAR LAS LIMITACIONES A LA CIRCULACIÓN A QUE ESTARÁ SUJETO, QUE IMPONE EL PROGRAMA DE VERIFICACIÓN VEHICULAR OBLIGATORIA PARA EL DISTRITO FEDERAL. CONTRADICCIÓN DE TESIS 88/2015. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO DEL SEGUNDO CIRCUITO CON RESIDENCIA EN NEZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO Y SEGUNDO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. 1 DE JULIO DE 2015. CINCO VOTOS DE LOS MINISTROS EDUARDO MEDINA MORA I., JUAN N. SILVA MEZA, JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS, MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS Y ALBERTO PÉREZ DAYÁN. PONENTE: EDUARDO MEDINA MORA I. SECRETARIA: PAOLA YABER CORONADO.

“Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito R. I. 228/2014.

1. El quejoso promovió juicio de amparo en contra de los actos, entre otros, del secretario del Medio Ambiente del Distrito Federal, al que reclamó el "Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el Segundo Semestre del año dos mil catorce para el Distrito Federal" y "Programa Hoy No Circula en el Distrito Federal", así como su ejecución. Recibida la demanda, el Juzgado Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, ordenó formar por duplicado el incidente de suspensión, pidió los informes previos correspondientes, otorgó la medida provisional solicitada y señaló fecha para la audiencia incidental.

El ocho de agosto de dos mil catorce, el Juez de Distrito dictó sentencia interlocutoria en la que determinó conceder la suspensión definitiva solicitada para el efecto de que: previo pago de derechos correspondientes, el quejoso pudiera llevar a verificar su vehículo y en su caso, se le permitiera acceder a la constancia de verificación vehicular u holograma tipo "0", siempre y cuando cumpliera con los estándares de calidad establecidos en los puntos 7.4 y 7.4.1 del Programa de Verificación Vehicular Obligatoria; precisando que en caso de no cumplir con dichos estándares, esto es, en caso de exceder el nivel de las emisiones que ahí se establecen, la autoridad otorgará el holograma que corresponda de acuerdo con las emisiones de contaminantes que se registren en el momento de la verificación, ya sea el "1" o el "2". Y en el entendido que dejaría de circular un día entre semana de acuerdo a su holograma, pero le sería permitida la circulación los sábados del semestre en que tuvo vigencia el programa combatido.

2. En contra de esa determinación, el director ejecutivo jurídico de la Secretaría del Medio Ambiente del Distrito Federal promovió revisión incidental, la cual fue turnada al Segundo Tribunal Colegiado en

Materia Administrativa del Primer Circuito y quedó registrada bajo el número R.I. 228/2014. Al resolver dicho medio de defensa en sesión de siete de noviembre de dos mil catorce, el órgano jurisdiccional confirmó la concesión de la suspensión definitiva, con base en los siguientes argumentos:

a) Precisó que el Juez de Distrito concedió la suspensión para que el vehículo del quejoso pudiera acceder a la constancia de verificación u holograma tipo "cero", siempre y cuando cumpliera con los estándares de calidad establecidos en dicho Programa de Verificación.

b) Señaló entonces que, el juzgador no constituyó un derecho en favor del quejoso que sea propio de la sentencia definitiva, ni podía asegurarse que se extralimitó en sus funciones al conceder la medida cautelar en la forma en que lo hizo, sino que ello fue acorde con lo solicitado, en tanto que la pretensión del quejoso era que de forma provisional no se le aplicaran los efectos y consecuencias del establecimiento del año modelo del vehículo como limitante para obtener el holograma "0" que tildó de inconstitucional.

c) Estimó que si bien es verdad que las disposiciones legales impugnadas tienden, en términos generales, a proteger el derecho a la salud y a un medio ambiente sano y libre de contaminantes, el otorgamiento de la suspensión como tal, al estar supeditada a no rebasar las normas de calidad del aire, no afectaban dichos derechos.

d) Dijo que la suspensión recurrida concilia adecuadamente el derecho de la colectividad a un medio ambiente sano, al exigir que el vehículo del peticionario se sujete a los controles de contaminación y restricciones establecidas para cualquier otro, sin atender por ahora a su año modelo.

La consideración principal es que dicha concesión respeta el derecho que tienen el quejoso, y el resto de los ciudadanos, al libre tránsito y al libre uso de sus bienes materiales; de ahí que no se puede aseverar, como dice el recurrente, que el daño que sufriría la sociedad con la

suspensión sea mayor que el que resentiría el quejoso en caso de negársela.”²³⁴

Por lo anterior, la contradicción de tesis consiste en determinar si es posible otorgar la suspensión definitiva del Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el Distrito Federal, sin afectar el interés social ni contravenir disposiciones de orden público, ya que los quejosos señalaron que el Programa de Verificación Vehicular Obligatoria en el Distrito Federal, al restringir la circulación de los vehículos con base en la antigüedad de su automóvil y no con base en la emisión de contaminantes, viola los derechos humanos de no discriminación e igualdad que reconoce el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en tanto que establece un criterio de distinción que no es objetivamente razonable y justificable respecto a sujetos que se encuentran en idénticas condiciones y circunstancias frente a la norma, pues no se atiende al daño efectivo al medio ambiente. En ese orden de ideas, el requisito del año modelo del vehículo para determinar las limitaciones a la circulación es lo que perjudica a los quejosos, y no así el Programa de Verificación Vehicular, de ahí que la suspensión sea tan importante en el asunto.

De acuerdo con los artículos 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 128 de la Ley de Amparo, para que proceda conceder la suspensión definitiva del acto reclamado, se requiere analizar, por regla general, los siguientes aspectos: “1. La presunción de existencia del acto reclamado; 2. Que el acto reclamado, de acuerdo con su naturaleza, sea susceptible de suspenderse; 3. Que exista solicitud del agraviado; 4. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público; y, 5. Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.”²³⁵

²³⁴ Ídem.

²³⁵ Ídem.

Procediendo al análisis del caso en concreto, de no conceder la suspensión, se advierte que efectivamente se causarían daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso, dado que se le restringiría la utilización del vehículo que defiende por el periodo al que correspondería la vigencia del proceso de verificación realizada. Pero, para evitar que la suspensión no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público, lo conveniente es otorgar la suspensión no respecto del año del vehículo sino de la emisión de contaminantes. De esa manera, se mantienen las cosas en el estado en que se encontraban y se otorga una amplia protección a las personas. También debe señalarse que dicha determinación, no resuelve el fondo del asunto el cual es el obtener el holograma "0", en virtud de que, el quejoso no obtiene automáticamente el holograma "0" o algún otro; sino que únicamente implica una suspensión, es decir es una medida transitoria cuyo fin es mantener las cosas en el estado en que se encuentran, y si y solo si cumple con las especificaciones de los niveles de emisión señalados podrá obtener determinado holograma, sin que el año del vehículo sea impedimento para que éste le sea asignado. Razón por la cual, el criterio que prevaleció es el siguiente:

SUSPENSIÓN DEFINITIVA. PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTABLECER EL AÑO MODELO DEL VEHÍCULO COMO FACTOR PARA DETERMINAR LAS LIMITACIONES A LA CIRCULACIÓN A QUE ESTARÁ SUJETO, QUE IMPONE EL PROGRAMA DE VERIFICACIÓN VEHICULAR OBLIGATORIA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En atención a la facultad prevista en el artículo 147 de la Ley de Amparo y a la apariencia del buen derecho, el Juez constitucional puede válidamente conceder la suspensión definitiva de los efectos y consecuencias de establecer el año modelo del vehículo como factor para determinar las limitaciones a la circulación a que estará sujeto y no los niveles de contaminación que emita, que impone el Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el Distrito Federal, pues con ello no se afecta el interés social ni se contravienen disposiciones de

orden público, ya que la medida cautelar respeta el derecho de la colectividad a un medio ambiente sano, al exigir que el vehículo del quejoso se sujete a los controles de contaminación y restricciones establecidas para cualquier otro, y su derecho a que las cosas se mantengan en el estado que guardan y se preserve la materia del juicio de amparo promovido. Sin que esto signifique que la suspensión definitiva concedida permita que el quejoso obtenga automáticamente el holograma "0" o algún otro, sino únicamente implica que, si cumple con las especificaciones de los niveles de emisión señalados en el propio Programa para obtener determinado holograma, el año modelo de su vehículo no sea impedimento para que éste le sea asignado, en tanto se resuelve el fondo del amparo.²³⁶

No obstante, ante la contingencia ambiental de 2016, el criterio previamente citado fue punto de discusión ya que se criticaba a los juzgadores de haber emitido un criterio que permitía circular a diversos vehículos, cosa a partir que contradecía la determinación de la Megalópolis según la cual, el Programa Hoy No Circula aplicaría a todos los vehículos de la zona metropolitana sin distinción alguna estarían obligándolos a descansar un día entre semana y un sábado de cada mes, dependiendo del color de su engomado y la terminación de sus placas. Ante tal hecho de nueva cuenta fueron las autoridades jurisdiccionales quienes resolvieron dichas contradicciones, justificando la necesidad de ir más allá de lo dispuesto en las normas y evidenciando la inercia de las demás autoridades para resolver conflictos, teniendo que ser los togados quienes tomen el control.

Tanto la interpretación dada al artículo 69-B así como la dada en 2016 al Programa de verificación vehicular conocido como Hoy no circula, se analizaron casos difíciles, recuérdese que un caso difícil es aquel que pone a prueba la teoría del derecho, en ambos ejemplos se puso en duda la aplicación de la norma y por

²³⁶ Décima Época, Registro: 2010225, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Materia Común, Tesis: 2a. /J. 125/2015 (10a.), p. 2031.

tal motivo la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se limitó a interpretar la norma y los gobernados a acatarla, sino que entre ellos de forma práctica se presentó el debate suscitado en el seno de la Teoría General del Derecho, es decir, por un lado se defendió el formalismo de la norma y por otro lado se exigió la apertura al debate, no obstante, en el caso del artículo 69-B bastó con la interpretación e imposición de la norma mientras que con el otro caso, es decir, el del Hoy no circula en el Amparo Indirecto 667/2016, se ponderó la protección de los derechos fundamentales.

4.3. Activismo jurídico racional VS derecho espurio

El objeto de este capítulo será confrontar la interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la aplicación del artículo 69-B del Código Fiscal y al Programa Hoy No Circula.

En el primero de los casos, es decir, la interpretación dada al artículo 69-B del CFF, fungió como herramienta para contrarrestar la constante emisión de comprobantes de pago que amparaban operaciones inexistentes, y como una solución pronta y efectiva para poner fin a las operaciones realizadas por el contribuyente y en consecuencia claridad en su relación de éste con el fisco, es innegable que la SCJN prescindió de lo establecido en la norma suprema, por lo que, si bien, logro poner fin a una problemática, no debe pasarse por alto, que lejos de analizar su interpretación desde un aspecto axiológico o sociológico, su actuar no atendió a la totalidad del sistema jurídico, esto en virtud de que las interpretaciones dadas además de violentar el principio de presunción de inocencia, el derecho a la reserva fiscal de los contribuyentes, el derecho a la libertad de trabajo, y el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, la prohibición de penas excesivas, también modificó la esfera jurídica del contribuyente, es decir, lesionó los derechos fundamentales y fue omisa a los principios constitucionales.

Dicha omisión recae en lo que sostiene Webber la Constitución es negociable ya que “los derechos se extienden a todas partes, pero que están infringidos en

todas partes por una legislación (en éste caso una interpretación, una serie de jurisprudencias) que busca resolver las mismas cuestiones político-morales que la Constitución trata de evitar.”²³⁷ Ciertamente, era necesario y se pretendía regular la actividad de las Empresas que Facturan Operaciones Simuladas y de las Empresas que Deducen Operaciones Simuladas, sin embargo, no es dable realizarlo a través de interpretaciones que transgreden el propio sistema normativo,

Como consecuencia de lo anterior, derivaron problemas como los siguientes: 1) incongruencia en el sistema jurídico mexicano, 2) indeterminación de la situación jurídica de los gobernados, 3) derechos negociables a partir de su interpretación, 4) ambición de poder creador por parte de los juzgadores, 5) incertidumbre en los derechos de los gobernados ya que queda al arbitrio de la interpretación de las autoridades jurisdiccionales.

Es así que, la interpretación dada al artículo 69- B remite al denominado derecho espurio, en el jurista Pedro Salazar Ugarte indica que “el funcionamiento actual de los sistemas jurídicos se corre el riesgo de que los jueces obren sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir sin embargo, como si estuvieran aplicando Derecho. Y el problema es que no están preparados para esta tarea porque su razonamiento moral no pasa de ser vulgar”²³⁸ y en el que se evidencian tres usos:

- a. Suplantación del legislador democrático. El garantismo puede usarse como un instrumento argumentativo para justificar que los jueces se apropien de las decisiones políticas fundamentales que, desde una perspectiva democrática, corresponden al legislador. El caso extremo de esta operación se presenta cuando el poder judicial o la corte constitucional se autoerige – ante la ausencia de cláusulas de intangibilidad – como instancia de control –por razones materiales- de las reformas a la constitución.

²³⁷ Véase Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation*, op. cit.

²³⁸ Salazar Ugarte, Pedro *Garantismo Espurio*, México, Fontamara, 2011, p. 17.

b. Regreso al gobierno de los hombres. El garantismo puede convertirse en una herramienta para escapar de los vicios que impone la supremacía constitucional y adoptar decisiones que –más allá de su (in) justificación en términos políticos o morales- rompen con el ‘imperio de la ley’ al subvertir la jerarquía normativa.

c. Arbitrariedad enmascarada. El garantismo puede ser un pretexto para disimular la arbitrariedad detrás de una decisión que – más allá de su (in) justificación concreta- implicaría adoptar criterios de interpretación que deberían valer para otros casos similares (pero a los cuales se les trata diversamente).²³⁹

La interpretación dada al artículo 69- B del CFF, 1) revela una limitación a los derechos del contribuyente, ya que a partir de una presunción de inexistencia de operaciones se inicia un procedimiento fiscalizador en él se lesionan los derecho a la libertad de trabajo, el derecho a la reserva fiscal de los contribuyentes y los principios de presunción de inocencia, principio de irretroactividad de la ley, así como se transgrede el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos esto es, la prohibición de penas excesivas y ello derivado de 2) una incorrecta interpretación a dichos artículos constitucionales lo que produce 3) un abandono del principio de supremacía constitucional, posicionando el argumento de los jueces por encima de las normas creadas por el constituyente. En consecuencia, se advierte una arbitrariedad enmascarada en la que la el argumento de protección al estado de derecho y la obligación de las personas a contribuir con el erario se convierte en el pretexto perfecto para disimular la arbitrariedad detrás de una decisión.

En el caso del Programa Hoy No Circula, la decisión tomada para resolver el Amparo Indirecto 667/2016, brinda un claro ejemplo de ponderación, en el que los derechos del quejoso, fueron protegidos al otorgarle la suspensión definitiva. Posterior a dicho amparo se promovieron diversos amparos en el mismo sentido, los cuales, trajeron como consecuencia que el Acuerdo por el que se dan a conocer

²³⁹ *Ibidem*, pp. 22-23.

las Medidas Temporales para Prevenir, Controlar y Minimizar las Contingencias Ambientales o Emergencias Ecológicas, Provenientes de Fuentes Móviles perdiera el sentido y como consecuencia, colisionara el derecho a un medio ambiente sano de toda la sociedad, frente al derecho de propiedad de determinados sujetos. Sin que sea óbice lo anterior, los juzgadores se convirtieron en intérpretes y defensores de la norma constitucional y ante un caso difícil, realizaron nuevamente un ejercicio de ponderación en virtud de la colisión de los artículos 4 constitucional y 27, el juez valoró los derechos socialmente valiosos y los intereses imperando en este caso, el derecho a un medio ambiente sano, provocando la improcedencia de los amparos interpuestos que alegaban el derecho a la propiedad. Lo anterior debido a que se decidió por la protección de los derechos socialmente valiosos.

Con el fin de evitar confusiones con las técnicas jurídicas, ya que ha sido enunciada la ponderación, la que a su vez puede confundirse con la proporcionalidad y el activismo judicial, es importante diferenciar a cada una de estas. Por ponderación entiende Guastini “la asignación de pesos distintos a los principios para averiguar cual tiene más fuerza”²⁴⁰, la cual “se funda en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor del juez. Actuando así el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa (la autoridad constituyente). Además el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los principios en conflicto sobre el otro; toda solución del conflicto vale solo para el caso concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.”²⁴¹ En síntesis, la ponderación es la técnica jurídica mediante la cual frente a un caso de colisión de derechos (ya sea en forma de reglas o principios) se determina sólo en ese caso concreto, que principio o derecho pesa más.

El principio de proporcionalidad es la “Técnica jurídica y argumentativa encaminada a determinar si la intervención de un legislador se ajusta o no a la

²⁴⁰ Guastini, Riccardo, Sobre la Ponderación, http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci_n_un_analisis.pdf

²⁴¹ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, p.171.

constitución.”²⁴² Es una fórmula de criterios de prueba objetiva y reconocida para evaluar la aplicación de un concepto legal o doctrina²⁴³, la cual fue creada en Alemania y tiene tres criterios:

- 1) Medida adecuada para el logro del fin perseguido
- 2) No hay otro medio más leve o menos (dañino) lesivo que pueda emplearse para lograr ese objetivo.
- 3) El beneficio debe compensar el daño.

No obstante, conforme a la jurisprudencia en México la proporcionalidad se conforma de cuatro pasos:

- (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido;
- (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional;
- (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y,
- (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.²⁴⁴

En la proporcionalidad se evalúan el equilibrio entre los medios empleados y los fines perseguidos, lo que puede apreciarse en uno de los criterios emitidos por la SCJN cuyo rubro es **GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.**²⁴⁵

²⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponderación entre derechos fundamentales, https://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/90/becarios_090.pdf

²⁴³ Barak, Aharon, *Proportionality Constitutional...*, op. cit., p. 129.

²⁴⁴ TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. Décima Época, Registro: 2013156, Primera Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Constitucional, 1a. CCLXIII/2016 (10a.), p. 915.

²⁴⁵ Novena Época, Registro: 1011613, Pleno, Jurisprudencia, Septiembre 2011, Tomo I. Constitucional, SCJN Décima Cuarta Sección - Seguridad jurídica, Constitucional, Tesis: 321, p. 1310.

Debe señalarse que una cosa es la proporcionalidad y otra cosa es el principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues de acuerdo criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se entienden en lato y stricto sensu. Para robustecer dicha afirmación se cita el criterio:

CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corresponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho

que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio.²⁴⁶

En conclusión la proporcionalidad constitucional, es un principio formado por cuatro sub principios: propósito legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; la cual aplica cuando: a) un derecho constitucional se limita por una norma secundaria y 2) ante la necesidad y urgencia de avance del derecho de otro o de otros. La ponderación por su parte tiene presencia cuando hay un conflicto entre derechos y principios constitucionales, tales como la libertad de prensa de “x” frente a la privacidad de “y” o el derecho de “x” al trabajo y la libertad de “y” a emplear a determinadas personas, así como el principio a un medioambiente sano frente al derecho de propiedad. En cuanto al activismo judicial ya solo basta con decir que es producto de la tradición del common law, el cual es entendido como un movimiento en el que el juzgador procurando una amplia protección del derecho, resta los obstáculos teóricos y jurídicos, y crea el derecho.

En conclusión de los casos antes analizados, se advierte la pugna ideológica suscitada entre el formalismo y el escepticismo jurídico, ya que son dos formas de actuar por parte de las autoridades jurisdiccionales; la primera de ellas prescinde de lo establecido en el sistema jurídico mexicano y brinda una interpretación que se posiciona por encima de la constitución, convirtiéndose en el ya explicado derecho espurio. En la segunda actuación de los juzgadores se analizan todas las posibles formas de resolver una problemática, hasta encontrar una que resuelva el fondo del problema, ponderando la protección de los derechos fundamentales.

²⁴⁶ Décima Época, Registro: 2013136, Primera Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Constitucional, Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.) p. 894.

CONCLUSIONES

El presente capítulo tiene como fin establecer una serie de conclusiones en el siguiente sentido, la primera parte consiste en demostrar que la evolución del Derecho, tanto en el campo de la filosofía jurídica como en el de la teoría general del Derecho han provocado una pugna ideológica entre Formalismo y Escepticismo, la cual no forma parte de un cambio de paradigma sino sólo de la evolución del derecho, dicha pugna a su vez ha provocado diversos efectos mismos que serán explicados en el segundo apartado de éstas conclusiones, de igual manera se responderán a los cuestionamientos enunciados en la introducción, y en el apartado final se explicarán hacia dónde vamos con dichos efectos y que se supone que debe hacerse.

1. México pertenece a la tradición jurídica romano-canónica la cual posee elementos característicos como: el principio de división de poderes; la norma jurídica como principal fuente del derecho; la codificación del derecho; la creencia en la certeza del derecho escrito; la figura del juez limitada a la deducción lógica; la investigación y la enseñanza del derecho como sólo un conjunto de normas y el formalismo jurídico.

2. Históricamente en la tradición legal romano-canónica se ha resaltado la importancia de dividir las funciones dentro de un Estado misma que se resume en las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. En el derecho escrito dicha división es un principio característico conocido como el de división de poderes, el que desde el periodo de la Ilustración era importante ya que es el principio que impediría que el poder recayera sobre una sola persona lo cual representaba un peligro. El principio de división de poderes es la base del pensamiento político del Estado moderno, por tal motivo se conserva en el Derecho mexicano.

3. A su vez el Estado posee una estructura jurídica que le da sentido, validez y eficacia a cada una de sus funciones, siendo ésta el derecho el cual es explicado por diversas corrientes jurídicas.

4. El iusnaturalismo es una corriente del pensamiento jurídico sobre el Derecho y la justicia cuyos pilares son: 1) el binomio derecho natural-derecho

positivo y 2) su contenido axiológico como fuente suficiente para una obligación normativa. Para los naturalistas el concepto de derecho atiende a aquellos principios éticos que rigen la vida humana y que encuentran su génesis en dicha naturaleza; la corriente iusnaturalista busca ser un conjunto de principios racionales, que tengan inferencia en la vida social y normativa.

5. El positivismo jurídico es una corriente ius filosófica que define al Derecho como un conjunto de normas jurídicas que regulan la vida en sociedad ya que como teoría es la explicación que se da del derecho a partir del vínculo entre lo jurídico y el Estado y en la que el derecho son las reglas dadas por éste.

6. El ius realismo es una corriente de pensamiento jurídico que en el caso europeo concibe al derecho como producto de la interpretación por parte de las autoridades jurisdiccionales, por lo que respecta al caso americano no se propone un concepto de derecho sino más bien se analizó la práctica de las Cortes y se pretendió predecir las decisiones de los jueces, es decir no se debatió el concepto de derecho sino los efectos de éste.

7. La ius analítica es una corriente jurídica que resalta la importancia del lenguaje en la elaboración e interpretación de las normas, al igual que en el positivismo el derecho son normas pero para la corriente ius analítica éstas son lenguaje por lo que surge la necesidad de conocer los términos y restar su vaguedad.

8. El post-positivismo es otra de las corrientes filosófico-jurídicas que explican al fenómeno jurídico en la que la labor del juez es transcendental, ya que para esta forma de pensamiento el derecho son normas también es una práctica jurídica, y una interpretación del derecho en la que no se trata de inventar normas sino de descubrir su contenido a partir de los estándares, directrices políticas y principios jurídicos.

9. Cada una de las corrientes ius filosóficas expresadas, explican y evidencian la evolución del derecho tanto en la filosofía jurídica la cual se encarga del análisis del derecho en su totalidad es decir, concepto, naturaleza, contenido axiológico, así como, de la teoría del derecho cuyo objeto fundamental es el desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales. Aunado a lo anterior, dichas

corrientes representan un modelo de ideas, es decir, una ideología imperante, la que conlleva a que operen desde horizontes distantes, es decir, cada una se limita a defender su postura y en pocos casos coopera coordinadamente para la solución de problemas en el derecho. Claro ejemplo, el positivismo jurídico alemán característico de la tradición jurídica romano-canónica, el cual reproduce la ideología del codicismo así como la del formalismo jurídico; por su parte los realistas jurídicos y los analíticos se contraponen al formalismo con el escepticismo.

10. El formalismo es una forma en que se presenta el Derecho, por tal motivo, es esencial que para su aplicación las normas sean de producción legislativa y que el operador jurídico se apegue a lo establecido en ellas. Los principios de certeza y legalidad son sus pilares. Para acceder a la justicia, para obligar a un sujeto, para facultar a una autoridad o para hacer efectivo un derecho, es necesario que esté por escrito.

11. El formalismo jurídico, también procura que las autoridades jurisdiccionales actúen atendiendo a los principios de congruencia y exhaustividad, pero deben limitarse a las cuestiones planteadas y a las consideraciones jurídicas tanto legales como doctrinarias. Si bien las autoridades jurisdiccionales poseen cierto margen de libertad en su toma de decisiones conocido como discrecionalidad, este debe estar determinado por la norma. Las facultades discrecionales de los jueces tienen por objeto la flexibilidad en la toma de decisiones de los jueces para resolver problemas para determinar una situación incierta, ambigua o insuficiente. Es importante la discrecionalidad en el formalismo jurídico ya que permite al juzgador dar solución a los casos en los que se presenten lagunas, antinomias o colisión de derechos, no obstante, dicha discrecionalidad debe reducir las apreciaciones subjetivas para evitar la arbitrariedad.

12. En el formalismo jurídico, es válido un proceso argumentativo para motivar de hecho y de derecho una posible solución, sin embargo, no debe alejarse del texto jurídico la decisión final, debe respetarse el principio de congruencia con el sistema jurídico y con la Litis, no deben excederse de lo que tanto la ley como los hechos exigen, siendo aplicable lo anterior para todas las materias.

13. En cuanto a su metodología tiene una mayor aproximación a la corriente de la ius analítica, pues se pretende alcanzar un rigor que disminuya en la medida de lo posible la interpretación de los enunciados normativos.

14. Como consecuencia de lo anterior, el escepticismo jurídico se presenta de diferentes formas: 1) escepticismo respecto del alcance y protección de la norma, 2) escepticismo respecto de las decisiones judiciales, 3) escepticismo respecto de la *textura abierta* del derecho, 4) escepticismo respecto a los denominados *casos difíciles*, lo anterior, ya que como fue anticipado, el escepticismo retoma principios del ius realismo, el cual duda tanto de las decisiones jurisdiccionales como de los significados del lenguaje jurídico, y de la ius analítica que formula diversas dudas acerca de lo que se quiere transmitir con una pauta, un criterio o una regla.

15. Frente al formalismo se halla el escepticismo jurídico, mismo que retoma principios del ius realismo, ya que se duda tanto de las decisiones jurisdiccionales como de los significados del lenguaje jurídico, y de la ius analítica que formula diversas dudas acerca de lo que se quiere transmitir con una pauta, un criterio o una regla.

16. El escepticismo jurídico se presenta de diferentes formas: 1) escepticismo respecto del alcance y protección de la norma, 2) escepticismo respecto de las decisiones judiciales, 3) escepticismo respecto de la *textura abierta* del derecho, 4) escepticismo respecto a los denominados *casos difíciles*. En relación a los *casos difíciles*, duda de la función creadora de los jueces, ya que por un lado, se defiende la discrecionalidad del juez, como la solución a un problema de colisión de derechos y por otra parte, se niega la función creadora de los jueces, ya que el Derecho al ser un conjunto de reglas y principios, basta con una argumentación a partir de los mismos que irradian luz a un caso específico.

17. El formalismo y el escepticismo jurídico son formas en las que se presenta el Derecho, pero también son dos ideologías diversas las cuales han provocado una de las pugnas más importantes dentro de la filosofía como la teoría del Derecho ya que ambas posturas defienden un método para la aplicación del

Derecho, de acuerdo a la familia jurídica de la que emanan y a la corriente ius filosófica por la que se ven influenciadas.

18. El formalismo jurídico es una forma de ideología jurídica que concibe y estudia el Derecho como un conjunto de normas jurídicas, y que aplica e interpreta al Derecho como categorías formales. Es defendido por juristas y filósofos del derecho que se apegan al rigor lógico y al carácter científico de la ciencia jurídica, por ello, el Derecho para el formalismo, es un producto puramente jurídico sin aproximaciones, sociológicas, filosóficas o históricas.

19. El formalismo como ideología, defiende el principio de división de poderes, certeza y legalidad, característicos de la tradición romano-canónica. En consecuencia, no debe perderse de vista, que si bien existe una flexibilidad en las funciones de los poderes que constituyen al Estado, el eje rector de estos y la sociedad es la norma jurídica fundante.

20. El escepticismo como ideología, duda de qué tanto una norma puede proteger al individuo, de qué tan objetiva es una decisión jurisdiccional, y qué tanto una regla, por si misma, puede proporcionar una solución a un conflicto. Resalta la indeterminación del derecho y destaca la importancia del juez.

21. Al igual que en las corrientes ius filosóficas del derecho, el formalismo y el Escepticismo jurídico, se ven influenciados por las tradiciones jurídicas. Derivado de la tradición *common law*, propia de países como Estados Unidos de América, Inglaterra y Australia y caracterizada por centrarse en la práctica y sus variaciones locales así como por retomar los usos y costumbres y por concebir al Derecho como el producto de las decisiones jurisdiccionales; está el escepticismo jurídico el cual es un aspecto relevante que conforma a dicha tradición. Por otra parte, en la tradición jurídica romano-canónica, la cual se apega a lo establecido en las compilaciones normativas, está el formalismo jurídico.

22. En cada una de dichas tradiciones la aplicación de las normas, se distingue por determinados aspectos pero el que habrá de destacarse es que en la tradición legal del Derecho escrito se está a lo prescrito y en caso de ser necesario el operador jurídico está en posibilidades de interpretar; sin embargo, en la mayoría

de los casos resulta necesario remitirse a la interpretación, por tal motivo, en la tradición del *common law* se estudia el precedente en relación al caso concreto.

23. En relación a la aplicación de las normas, resulta necesario enunciar la actividad jurisdiccional ya que, en países cuya tradición legal es la del *common law*, el Juez crea derecho obligatorio para otros jueces y procura la uniformidad de sus decisiones para posteriormente decidir casos similares de manera similar. La legislación desempeña una función complementaria. En Estados Unidos de América se acepta sin serio cuestionamiento el poder de los jueces para declarar inválida la legislación inconstitucional. Asimismo, los jueces no se limitan a cumplir con lo que la ley les obliga, sino que van más allá, y traen como consecuencia una nueva práctica y concepción del juez conocida como activismo judicial. Es producto de la tradición del *common law*. El activismo judicial es entendido como un movimiento en el que el juzgador procurando una amplia protección del derecho, resta los obstáculos teóricos y jurídicos, y crea el derecho.

24. En países cuya tradición legal es la del Derecho escrito, al considerar como forma en que se presenta el derecho al formalismo, el juez interpreta y aplica el derecho, la legislación es la base de su decisión y es obligatorio apearse al texto jurídico. En México, en algunos casos procede la inconstitucionalidad de una norma pero requiere de un proceso riguroso y una exhausta revisión, en pocas veces los jueces van más allá de lo que establece el derecho positivo, sin embargo, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, se transformó el rol de los juzgadores en México, razón por la que en los últimos años, el Poder Judicial se autodenomina el garante y protector de los derechos humanos y en la que la jurisprudencia funge como herramienta para la solución a problemas de indeterminación en los derechos e incluso de colisión entre estos. La facultad discrecional de los jueces se amplió, lo que permite, ya no sólo una posible interpretación de la norma, sino que están en la posibilidad de crear derecho.

25. Esta posibilidad creadora es el denominado activismo judicial el que pretende tener presencia en México a partir de dicha reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como también a partir de la vinculación con resoluciones emblemáticas en materia de Derechos Humanos, comenzando

entonces los jueces una actividad innovadora en su función jurisdiccional la cual en muchos casos se plasmó en diversas sentencias como las relativas a los amparos: Amparo directo 344/2008 que dio origen a la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." y Amparo directo 623/2008 que originó las tesis de rubros: "PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA." y "PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN.", las cuales derivaron en la contradicción de tesis 293/2011 y en la cual prevalecieron con carácter de jurisprudencia los criterios establecidos por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguientes: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL y JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Aunado a lo anterior, el 02 de abril de 2013, día en la que se publicó en el Diario Oficial de la Federación la "nueva" Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el objeto de dicha es adecuarse a lo plasmado en la Constitución en junio de 2011, incluyendo nuevas figuras como el interés legítimo y procurando la protección más amplia de los derechos.

26. Por lo anterior, el monopolio del control constitucional dejó de ser exclusivo de Poder Judicial de la Federación ya que tras la reforma de 10 junio de 2011, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, es decir, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, estarían

facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales, ciertamente con la limitación para los jueces locales de no poder declarar la inconstitucionalidad de normas generales ya que sólo podrán inaplicar la norma si ésta no se adecua a la carta magna o a los tratados; limitación que no tienen los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, quienes están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser consonante con la Constitución o los tratados internacionales.

27. La reforma en mención medularmente modificó el control de constitucionalidad el cual anteriormente se concentraba en el Poder Judicial y pasó a ser un control difuso de convencionalidad. De igual manera se modificó la jerarquía de las fuentes jurídicas ya que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se colocaron a la par de la Carta Magna, incluyéndose también el principio *pro personae* mediante la obligación de que los servidores públicos interpreten las normas de forma que en todo tiempo se favorezca a las personas con la protección más amplia, en virtud de lo anterior, la Teoría de División de Poderes enunciada por Montesquieu hace más de tres siglos ya no puede aplicarse con la misma rigidez que pretendía el filósofo francés.

28. La reforma de 10 de junio de 2011 detonó el activismo judicial en México el cual ha dotado de dinamismo al derecho para el reconocimiento e inclusión de derechos al sistema jurídico, brindando pautas a otros aplicadores e intérpretes del derecho, que han permitido solución a problemas no previstos en el ordenamiento jurídico actual.

29. Pero también, despertó el gusto por la constante interpretación y convirtió en necesidad lo que era una posibilidad creadora, por lo que, se comenzó un periodo de excesivo empleo de la jurisprudencia, lo que a su vez produjo un abandono del texto jurídico, que trajo consigo:

a) Un alejamiento de la tradición jurídica del país y de la división de poderes, en la que si bien, existía flexibilidad en las funciones se empoderó únicamente al Poder Judicial (cuestión que en un inicio pretendía contrarrestarse con el control difuso de convencionalidad).

b) Una difuminación de la definición de Derecho, de sus fuentes y su jerarquía, lo que trae de vuelta el debate característico de las corrientes ius filosóficas acerca de lo qué es el derecho y de donde emana.

c) Un debate en el seno de la teoría del Derecho, es decir la pugna ideológica entre el formalismo, propio de la tradición legal romano-canónica y el escepticismo jurídico, característico de la tradición del *common law*, produce a su vez, una incertidumbre en la teoría y en la praxis judicial.

30. Se considera que en el Derecho mexicano la aproximación al activismo judicial, no se justifica en todos los casos, ya que en la actualidad las autoridades jurisdiccionales del país, no se encargan de preservar derechos fundamentales, e incluso los transgreden como se vio, por ejemplo, en el caso de las interpretaciones dadas al artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, como son: PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. LAS PUBLICACIONES CON LOS DATOS DE LOS CONTRIBUYENTES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN NO CONSTITUYEN UNA PENA QUE DEBA RESPETAR LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA; PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO; PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. LOS DATOS DE LOS CONTRIBUYENTES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN SON DE CARÁCTER PÚBLICO Y, POR ENDE, PUEDEN DARSE A CONOCER A TERCEROS y PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO CONTRAVIENE EL

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY; en donde la facultad discrecional del juzgador se ejerce haciendo a un lado el contenido material de la norma suprema (la Constitución) e interpretando más allá de lo estipulado en la norma abandonando la intención de los legisladores y creando derecho perdiendo de vista el texto legal, así como el sistema político, jurídico y social.

31. En el caso de la interpretación dada al Acuerdo por el que se dan a conocer las Medidas Temporales para Prevenir, Controlar y Minimizar las Contingencias Ambientales o Emergencias Ecológicas, Provenientes de Fuentes Móviles, si se justifica el intento activismo judicial, aunque debe señalarse que es más un ejercicio de ponderación en el que se establecieron pautas respecto a personas a las que se les transgredieron derechos por lo que, posterior a la resolución del Amparo Indirecto 667/2016, el número de amparos aumentaron, pues los inconformes pretendían que sus vehículos automotrices también circularan todos los días, alegaban que las emisiones contaminantes eran mínimas, consecuentemente, que las medidas tomadas por parte de las autoridades no traían ningún beneficio sino más bien violentaban sus derechos. Ya que colisionaron dos derechos, pues ante el incremento de los amparos, se actualizó la anteriormente expuesta tesis del *caso difícil*, al resolver una problemática en la que por un lado, un individuo que buscaba hacer uso de su vehículo defendía su derecho de propiedad, irretroactividad de la ley y libre tránsito, mientras que por otro lado se hallaban los representantes del Estado, quienes estableciendo medidas ambientales para disminuir las emisiones contaminantes pretendían brindar un ambiente menos contaminado a la población en general. Lo que en apariencia pareciera contradictorio, se resolvió de la misma forma, procurando un mayor beneficio. Los artículos 14 y 27 constitucionales, se encuentran enfrentados al artículo 4º de la CPEUM; sin embargo, recordando lo enunciado por el artículo 51 de la LFPCA, el cual señala que con base en el principio de mayor beneficio, los tribunales procederán a resolver el fondo de la cuestión efectivamente planteada por el actor, procurando el beneficio al quejoso, se determinó que el mayor beneficio se hallaba en la salud antes que en la propiedad.

32. Es ante éste escenario que las autoridades jurisdiccionales se han vuelto protagonistas de la problemática, pues se encuentra en sus manos resolver un litigio con una serie de antecedentes que, en muchos casos además de anacrónicos, su contenido trasciende los enunciados normativos, toda vez que se trata de ponderar entre el beneficio de unos cuantos o de toda una población. Sin embargo, tampoco es posible que los órganos jurisdiccionales interpreten el texto legal sin considerar el sistema normativo como un todo, es decir, alejándose de las disposiciones de otros cuerpos normativos, de la propia jurisprudencia o de los principios generales del derecho, tal y como acontece en la interpretación que han realizado del artículo 69-B del Código Fiscal, en la que dejan en estado de indefensión al contribuyente dando pauta a una interpretación que podía denominarse de garantismo espurio; y es que en ese caso no se cuestiona y como debería ocurrir en muchos, el problema de la interpretación realizada por los jueces, no es de contenido moral ni sociológico, sino normativo ya que para emitir los criterios relativos al artículo 69-B, se prescindió de la Carta Magna; evidenciando con ello, que la jurisprudencia esta incluso por encima de la Constitución.

33. A lo largo de esta investigación se advierte que la autoridad jurisdiccional ha cobrado vital importancia, a un grado tal que a los jueces se les atribuye el rol de creadores del derecho. Lo que no sólo es contrario a la Tradición Jurídica Romano Canónica, de la que históricamente México ha formado parte, sino que conlleva el riesgo de que esos mismo jueces “creen un derecho injusto” alejado de los principios establecidos en el propio ordenamiento y con ello que su poder se torne ilimitado, ante esto cabe preguntarse *quis custodiet ipsos custodes?*, *¿quién custodia a los custodios?* por lo que, si los jueces son los garantes del ordenamiento jurídico quien habrá de vigilarlos para evitar la violación al ordenamiento jurídico; ya que cuando el juez decide en un conflicto ejerciendo su discreción, está realizando una práctica jurídica, y una interpretación del derecho en la que debe descubrir su contenido a partir de los estándares y directrices políticas, no de criterios subjetivos. Entonces, ese mismo juez puede discrecionalmente decidir por el mayor beneficio o por un derecho espurio, lamentablemente ambas posturas manejan un alto grado de subjetividad.

34. Las facultades discrecionales que suele otorgar el legislador al Juez, en los diversos ámbitos del derecho, tienen por objeto flexibilizar la toma de decisiones en asuntos en que se estima imposible o de alto grado de dificultad incorporar reglas en los ordenamientos, para la solución a múltiples cuestiones y problemas que se puedan suscitar en la casuística, para la aplicación de la ley a determinada institución o en cierta materia; de modo que la facultad discrecional del juzgador es la permisión para ejercer una libertad limitada racionalmente, intrínseca al abandono del formalismo jurídico absoluto en la interpretación y aplicación del derecho, que permite al operador jurisdiccional cumplir con el deber categórico de resolver todas las controversias que le son sometidas para su conocimiento, aun en los casos en los que la complejidad del asunto, la ambigüedad o insuficiencia de la ley para regular de manera directa cada uno de los supuestos de hecho que pueden surgir en la realidad, respecto de los cuales no existe una sola posible respuesta admisible y razonable, sino que debe elegirse una entre varias, conforme a las reglas básicas de la lógica, la experiencia, la proporcionalidad y el sistema de fuentes establecido, expresada en un discurso de justificación sustentado en esos límites, para conjurar el riesgo de arbitrariedad en la toma de decisiones judiciales.

35. Sin embargo esa “libertad limitada racionalmente” antes señalada, ¿Quién o cómo la limita?, si bien es cierto, no se puede pretender que tras la evolución del derecho el juez continúe siendo un autómata aplicador del derecho, pero, aun considerando el mundo global en el que se vive aunado a la dependencia económica y política respecto de los Estados Unidos de América lo que provoca que algunas de las principales particularidades de la tradición legal romano-canónica, por ejemplo, el dogma de la división de poderes; la norma jurídica como principal fuente del derecho; la codificación del derecho; la creencia en la certeza del derecho escrito; la figura del juez limitada a la deducción lógica; la investigación y la enseñanza del derecho como sólo un conjunto de normas y el formalismo jurídico, se vean severamente cuestionadas, lo que en sí mismo es positivo, tampoco es sencillo migrar a la tradición legal del *common law* en la que el juez es creador de normas jurídicas sin considerar todo un cuerpo jurídico.

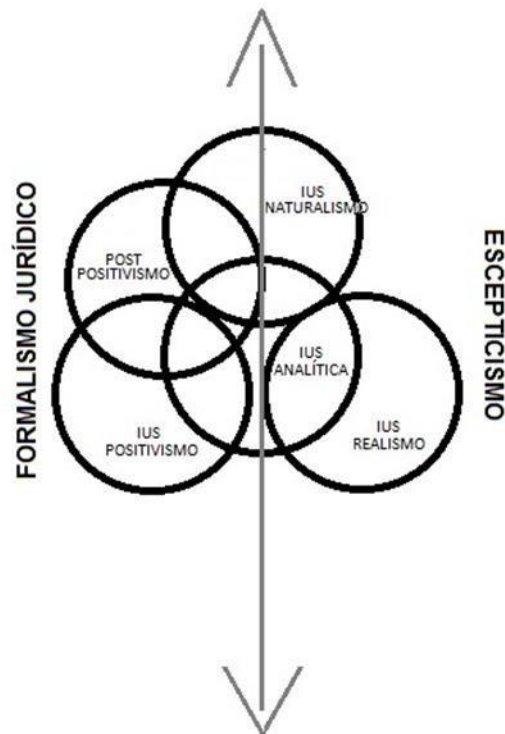
36. No es posible afirmar que una de las tradiciones jurídicas sea mejor que otra, sin embargo el hecho de adoptar figuras de otra tradiciones insertarlas en nuestro sistema sin estar contempladas en la propia norma altera el sistema, lo cual implica consecuencias, y no se trata de emitir juicios de valor respecto de si el derecho escrito, el derecho consuetudinario, el formalismo, el escepticismo o activismo judicial son malos o buenos, se trata más bien de saber ante qué se enfrenta el Derecho mexicano, hacia dónde va, cuáles son los riesgos de dicho rumbo y saber qué hacer.

37. Para ello se debe comenzar por identificarse que lo ocurrido en el Derecho mexicano tanto en 2011 como en 2013, son cambios estructurales en tres esferas del derecho: 1) la tradición jurídica (fuentes del derecho y su jerarquía); 2) la filosofía jurídica (concepto de derecho); y 3) la teoría jurídica (formalismo y escepticismo), es decir de forma global el derecho a evolucionado y cada país paulatinamente se adecuado a dicha evolución lo que puede demostrarse con los siguientes esquemas:

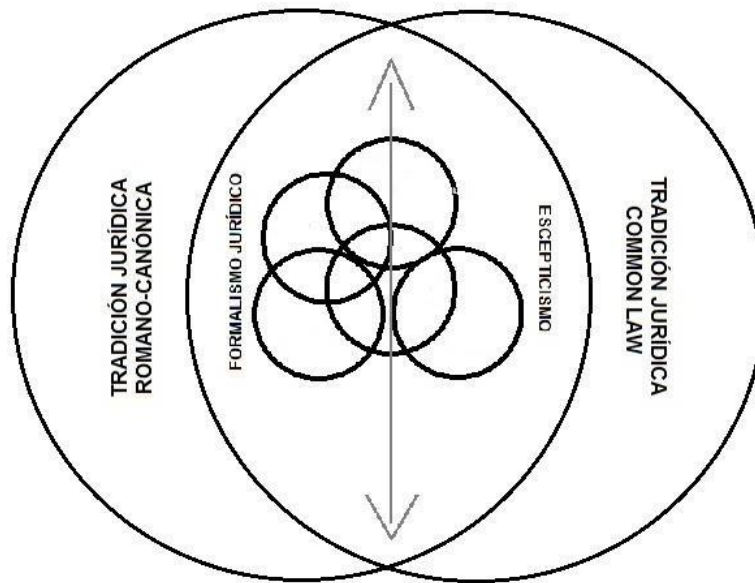


* Esquema 8. Elaboración propia. Corrientes filosóficas El esquema representa algunas de las corrientes filosóficas existentes, y su posición en el mismo representa la relación que existe entre ellas. Su punto de intersección es el lenguaje, no obstante, al concebir al derecho sólo como un lenguaje abierto, es decir como enunciados normativos abstractos, se corre el peligro de que los derechos se vuelvan negociables ya que no están delimitados, no están comprendidos, no están

explicados por el legislador ni por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que fácilmente se manipula como mejor convenga el lenguaje y con ello a los derechos. La aparición, interrelación y desaparición de las corrientes filosóficas no compone un cambio en el paradigma pues estas continúan cumpliendo su función de análisis o crítica a las posturas ya existentes. No hay un cambio de paradigma, hay una concepción única del derecho: enunciados normativos y lenguaje.



* Esquema 9. Elaboración propia. Escepticismo Vs Formalismo. Este esquema sitúa algunas de las corrientes filosóficas existentes respecto de los sistemas del Escepticismo y del Formalismo Jurídico mostrando con cuál de ellas tienen relación, o en donde se desarrollaron, en casos como el del Ius Naturalismo o el de la Ius Analítica, se ubican dentro de ambos sistemas, esto muestra que la pugna entre estos sistemas puede dar origen a más corrientes en su interior, mas no genera un cambio en el paradigma que dio origen a su existencia. Asimismo, refleja que en ambos sistemas tanto la moral como el lenguaje son elementos que acompañan al derecho. Gregory Webber resalta la importancia de una medida intermedia entre lenguaje y la moral, pues es lo que impide que los derechos se vuelvan negociables, sin embargo, y como se ha observado a lo largo del proyecto, usando las palabras se han transgredido los derechos.



* Esquema 10. Elaboración propia. Corrientes filosóficas Escepticismo Vs Formalismo y Tradiciones Jurídicas: Una pugna ideológica. Este esquema sitúa tanto a las corrientes filosóficas como a los sistemas del Escepticismo y Formalismo Jurídico respecto de la Tradición Jurídica dentro de la cual se desarrollaron; de igual manera muestra como las tradiciones jurídicas tampoco se ven trastocadas con la generación de nuevas corrientes filosóficas. El Escepticismo y Formalismo Jurídico se han aproximado debido a que se han introducido en la tradición jurídica romano-canónica elementos de la tradición legal del *Common law*. No hay un cambio de paradigma sólo un excesivo uso de la jurisprudencia y si la jurisprudencia es la interpretación a la ley e interpretar es explicar o aclarar el significado de algo, todo se centra en el lenguaje, por tanto, el supuesto cambio de paradigma es una herramienta útil para que aprovechándose de una Constitución cargada de principios abstractos, se renegocien los derechos por una interpretación igual de indeterminada (ya que los criterios no son uniformes y una cosa que es hoy mañana puede ser otra) que la Constitución y las normas sub constitucionales.

38. En consecuencia la reforma de junio de 2011 no representa un cambio de paradigma para el Derecho ya que no lo modifica como tal. Lo que dicha reforma representa es una herramienta, una especie de poder, otorgado a los juzgadores que más que modificar al derecho incide en la división de poderes, pues el poder recae más sobre el Poder Judicial, los que trae como efectos: que haya un alejamiento de la tradición jurídica del país pero sin que ello implique migrar al derecho consuetudinario sino que se trata de una combinación de ambas, ya no se sabe qué es o qué no es el derecho hay una difuminación de éste pero no un

cambio, fuentes y su jerarquía, como se puede advertir la jurisprudencia en muchos casos (como el del artículo 69-B) está por encima de la Constitución, la incertidumbre en la teoría y en la praxis judicial aumentan; pero los escenarios que componen al derecho no sufren cambios, la interpretación es la que cambia no el derecho, y por ende las obligaciones jurídicas y los derechos se vuelven negociables. En resumen, se requiere de uniformidad en los criterios jurisdiccionales y no de una herramienta que funcione a conveniencia del Poder Judicial. De igual manera se requiere comprender que es el derecho y de que se conforma, razón por la cual se propone un concepto, el cual entiende al derecho como el reflejo documental de la razón: síntesis entre eticidad, normatividad, efectividad y racionalidad. En dicho concepto, cada corriente ius filosófica antes explicada tiene participación, se procura que dejen de operar desde horizontes distantes y defendiendo posturas ideológicas.

39. Si bien, un concepto no basta para comprender todo lo que implica el fenómeno jurídico, el estudiar al derecho desde diversas ópticas permite que en primer lugar el estudiante de derecho comprenda a que se enfrenta, advertirá que el derecho no sólo es un conjunto de normas jurídicas sino que aprenderá que hay principios y de políticas públicas que inciden en la praxis jurídica, observara la importancia de la racionalidad en la argumentación y por qué la necesidad de ésta. La aproximación de las corrientes jurídicas en el concepto que se propone no busca difuminar el derecho sino que su objeto es quizás desde un enfoque primeramente doctrinario el cual se extienda hasta la práctica jurídica, de solución a problemas en el derecho.

40. Ahora bien, ya se advirtió que no hay un cambio de paradigma en el derecho, ya que se trata de una herramienta hermenéutica y argumentativa de las autoridades jurisdiccionales y específicamente del Poder Judicial de la Federación, ya se comprendió que en el contexto actual del Derecho en México, la jurisprudencia cobra una vital importancia. En ese sentido, el escenario existente remite a la difuminación del principio de división de poderes, de la jerarquía normativa y de las fuentes jurídicas; la transformación de las actuaciones de los juzgadores han hecho

del Poder Judicial un protagonista innegable en el que resulta esencial equilibrar las facultades supraconstitucionales de dicho Poder.

Para finalizar el apartado de las conclusiones, se retomaran y dará respuesta a los cuestionamientos establecidos al inicio de la investigación, mismos que a continuación se transcriben:

1. ¿Los jueces interpretan normas y resuelven conflictos o también crean Derecho?

Como se explicó durante el desarrollo de la investigación, los jueces actualmente interpretan normas y resuelven conflictos pero también crean derecho.

2. ¿Se les ha conferido a los jueces un instrumento argumentativo denominado jurisprudencia, para justificar que sus decisiones limiten derechos fundamentales?

El empoderamiento del Poder Judicial se vio favorecido sin duda alguna por que la jurisprudencia ya no solo es cuestión hermenéutica sino también argumentativa.

3. ¿Es excesivo el uso de la jurisprudencia por lo que se transgrede el principio de división de poderes?

Como constantemente se resaltó, si bien, existe una flexibilidad en las funciones del Estado, en los últimos años el uso de la jurisprudencia es constante y en muchos casos las decisiones de los juzgadores trastocan el principio de división de poderes.

4. ¿La interpretación de los jueces hace que determinados derechos sean negociables?

Por su puesto que los derechos se han tornado negociables ya que el que mejor argumente es el que tendrá asegurado un mejor derecho, véase el caso del Programa Hoy no Circula o las interpretaciones dadas al artículo 69-B en el que los derechos de los contribuyente se ven lesionados.

5. ¿Será conveniente guardar la Constitución y mejor crear derecho a partir de la jurisprudencia?

No debe guardarse la Constitución, ya que debe haber un eje rector que fundamente la actuación de cualquier autoridad y hasta que no se conozca otro eje rector, seguirá siendo la Carta Magna.

6. ¿Los jueces deben legislar donde los legisladores no lo hicieron?

Tanto los vacíos, las contradicciones, así como la obscuridad de un enunciado normativo son imposibles de eliminar durante el proceso legislativo, por tal motivo los jueces deben resolver una problemática derivada de uno de esos casos, sería ocioso hacer a un lado años de interpretación del derecho y de evolución en el mismo.

7. ¿La jurisprudencia es una herramienta para crear derecho ilegítimo?

Como se observó en el caso del artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, la herramienta fungió como herramienta para crear derecho incluso contrario a la norma suprema es decir a la Constitución.

8. ¿Debe velarse por la legalidad y la certeza por lo que los jueces deben apegarse a las normas sustantivas y adjetivas?

Sí, y no sólo porque sea característico de la tradición legal romano-canónica, sino porque son principios que benefician al gobernado y equilibran su relación con el Estado.

9. ¿Los jueces deben ir más allá de lo establecido en las normas para resolver una controversia?

Sí, pero depende del caso específico, por ejemplo, analizar si lo que está en juego es un derecho fundamental y que ocurriría si el juzgador no va más allá de lo estipulado en el texto legal.

10. ¿El activismo judicial funge como herramienta para salvaguardar los derechos fundamentales?

En muchos casos funge como herramienta para la salvaguarda de los derechos pero depende de cada caso ya que como se explicó son tres los tipos de activismo: el Activismo razonable o justo en el que se procura la protección de los derechos, mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes. El Activismo irrazonable o injusto en el que se convalidan normas de

emergencia restrictivas de los derechos fundamentales como lo es el caso del artículo 69-B, y el Activismo Social, es decir para beneficio de todos.

Derivado de lo precedente, surgen otras dudas que resultan provechosas

11. ¿En qué casos está justificado el activismo judicial?

Tanto el empleo de la jurisprudencia como el activismo judicial son esenciales en la solución de conflictos no previstos en el ordenamiento jurídico mexicano

12. ¿La jurisprudencia no debe limitarse a desentrañar el sentido de las normas sino que debe establecer o en su caso reestablecer derechos previo examen de proporcionalidad?

De acuerdo al artículo 217 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, será obligatoria para otros juzgadores de menor jerarquía, de igual manera las interpretaciones de los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para otros órganos de menor jerarquía, de modo que, la jurisprudencia debe ser racional, debe procurar resolver cuestiones fundamentales y no sólo debe limitarse a desentrañar el sentido de las normas, sin embargo, si se van a entregar las llaves a las autoridades jurisdiccionales, es decir, si se va a aceptar que el Poder Judicial sea uno de los factores reales de poder más importantes, si se va a aceptar que incluso modifique las soberanas decisiones del Poder Legislativo, es necesario que el Poder Judicial atienda y comprenda lo que implica un derecho, en qué casos debe 1) reestablecerse o limitarse un derecho y 2) como justificar una decisión. Para la primera parte la ex ministra Olga Sánchez Cordero propone un método basado en cinco pasos, para que prevalezcan aquéllas normas que favorezca más la protección de las personas, las fases son:

1. Identificar en el caso concreto la presencia de derechos humanos en juego pues de otro modo el operador no se percataría de la existencia de derechos humanos involucrados, y no se daría la oportunidad de entender la necesidad de realizar un control difuso de convencionalidad.

2. Identificar debidamente el problema de contraste normativo; es decir, la empatía o falta de ésta entre las normas que se encuentran en conflicto. Para

lograr esta identificación a través de una argumentación adecuada, por un lado se tiene que hacer explícito en las resoluciones el marco normativo de origen interno aplicable para decidir el caso y las consecuencias que derivamos para él si exclusivamente se aplica aquel marco. Por otra parte, tendríamos que repetir esta operación pero ahora respecto del marco normativo de fuente internacional.

3. Pronunciarse sobre cuál de esos marcos normativos, el interno o internacional, resulta el más favorable para extender la protección de las personas y sus derechos humanos para el caso concreto que conocemos. En otras palabras, observar el principio *pro personae* como se ordena en el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución.

4. Observar de nueva cuenta lo ordenado en el segundo párrafo del artículo primero constitucional, pero esta vez por lo que se refiere a la aplicación de la cláusula de interpretación conforme. Llevando a cabo en primera instancia una interpretación conforme en sentido amplio, que no es otra cosa que buscar la interpretación sistemática o armónica de todo nuestro marco normativo, tanto el de origen interno como el de fuente internacional. Si realizado esto último persiste sin solución el problema de contraste normativo, entonces en un segundo momento deberemos intentar darle salida a través de una interpretación conforme en sentido estricto, que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, debemos preferir la que haga a la ley acorde al respeto y garantía de los derechos humanos observados a la luz del marco normativo de fuente internacional que previamente ya se determinó como el más favorable para el caso concreto, evitando que éste se vulnere, precisamente para no generar una responsabilidad internacional.

5. Decidir en consecuencia la inaplicación o invalidación de las disposiciones provenientes del marco normativo de origen interno que no pudieron conciliarse con las derivadas de fuente internacional que resultaron más favorables, obviamente, en el marco de las competencias del órgano con funciones jurisdiccionales que haya conocido el caso.²⁴⁷

²⁴⁷ SÁNCHEZ Cordero, Olga, El Control de Convencionalidad, a un año de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, Conferencia impartida en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y

Para la segunda parte deberá atenderse a las dos técnicas de la argumentación jurídica que en la actualidad son constantemente utilizadas cuando tiene que enfrentarse a un conflicto de normas en los que se relacionan principios. Pero ya que dichas técnicas exceden el objeto de la presente investigación, bastará con enunciarse, la primera de ellas es la ponderación, técnica para la interpretación de principios la cual mide o contrapesa a los mismos, y cuyo fin es la optimización de los principios. La segunda es la proporcionalidad en sentido estricto la cual es un elemento del juicio de razonabilidad y que refiere a un equilibrio en la restricción a un derecho la cual no puede ser desmedida, el juicio de razonabilidad es el que se aplica a una ley que va a restringir un derecho que contiene un principio.

El Derecho en México, evoluciona, se transforma, el que se aleje de la tradición jurídica no se sabe si es bueno o malo, tampoco puede emitirse un juicio de valor respecto a si es bueno o no que la toma de decisiones ya no recaiga solamente en el Poder Ejecutivo y Legislativo sino que ahora el Judicial es el protagonista. Es evidente la herramienta del Poder Judicial más, eso no es lo principal, lo importante es saber que debe hacerse con esa herramienta de argumentación de los juzgadores y como evitar las arbitrariedades y limitaciones de derechos sin justificación alguna.

Debe destacarse que la interpretación es inevitable, y por esa razón dicha acción no puede erradicarse en la actividad jurisdiccional ya que todo texto legal se interpreta, no obstante, para realizar dicha acción se requiere de una preparación de los juzgadores al momento de interpretar, por otro lado es importante que la interpretación no siempre derive en jurisprudencias ya que eso evidencia la falta de criterios uniformes respecto de un mismo tema, y produce una difuminación en el derecho y sus fuentes. Es importante evitar la interpretación que modifica el sentido del texto normativo y esencial atender al objeto de la jurisprudencia, recordando que la jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria

colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador. La jurisprudencia interpretativa deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley; y tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación.²⁴⁸

Ante la falta de categorización de los derechos lo mejor es optar por la proporcionalidad ya que esta técnica da continuidad al formalismo jurídico característico de la tradición legal a la que pertenece el país, por tanto la difuminación en el derecho es menor, la principal fuente jurídica es la ley, no se evidencian los anacronismos de un sistema jurídico que pretendiendo adoptar una nueva tradición jurídica con sus respectivos elementos, constantemente transgrede derechos. No transgrede el principio de división de poderes ya que no busca crear derecho sino que ante la necesidad y urgencia de avance del derecho de otro o de otros, identifica debidamente el problema normativo y a través de una argumentación conforme a la ley, se decide la inaplicación o invalidación de una disposición. Tiene como base cuatro sub principios: propósito legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto mismos que son acordes con el concepto de Derecho propuesto, *Derecho como reflejo documental de la razón: síntesis entre eticidad, normatividad, efectividad y racionalidad*, ya que la proporcionalidad deriva de un ejercicio racional, cuyo fin es la efectividad de un derecho sin que ello implique excluir la eticidad y siempre dicha técnica, atiende a la normatividad.

248

ANEXOS

Anexo 1

*La secularización como fenómeno histórico**

LEANDRO HIGUERUELA DEL PINO
Departamento de Historia Contemporánea
Universidad Complutense. Madrid

Recientemente, James Davison Hunter, Prof. de Sociología y estudios religiosos en la Universidad de Virginia, ha subrayado la importancia del tema religioso en la vida americana (*Articles of Faith. Articles of Peace*), colección de ensayos sobre la libertad religiosa y la vida pública estadounidense. Quiero decir que el libro que ahora notifico aparece en unos momentos de gran actualidad, porque justamente trata de afrontar un diálogo que ya está abierto entre lo que denomina «postmodernidad» y religión. La secularización sería pues un problema tanto para la religión, como para esa sociedad que busca soluciones a cuestiones aún sin respuesta.

El historiador, interesado por la actualidad, para iluminar el presente con la información del pasado, actúa así de catalizador de fenómenos tan complejos cual es el que aquí nos ocupa: el de la secularización.

En efecto, ya su propia etimología (*saeculum*) puede tomarse como lapso de tiempo o como espíritu de esa época. Como fenómeno cultural sucede otro tanto, depende del contexto en que se use. En filosofía contemplaría «el hombre comprometido en el mundo, el hombre autónomo en la búsqueda de los valores terrestres y orientado hacia el futuro».

En teología significaría, el declive de la religión; la desconexión de la sociedad frente a la religión; la desacralización del mundo; o como dice el autor del libro que recensamos, «el abandono silencioso de las prácticas religiosas por parte de amplios grupos de la población».

En política y sentido vulgar, es la desvinculación de la jurisdicción

* En torno al libro de LLUIS OVIEDO TORRO, *La secularización como problema. (Aportaciones al análisis de las relaciones entre fe cristiana y mundo moderno)*. Valencia, Facultad de Teología «San Vicente Ferrer», 1990. 316 pp.

eclesiástica y reducción al régimen civil común. Así, «secularización del matrimonio», o de bienes eclesiásticos, (desamortización).

En sociología general podría equivaler a democratización. En sociología religiosa, aspecto en el que se centra el libro de Lluís Oviedo Torró, la variedad de teorías, depende de los diferentes elementos explícitos o implícitos que han sido desarrollados o simplemente han sido objeto de crítica y contraposición.

Al historiador se le ofrece así un proceso histórico de múltiples aspectos entrecruzados, cuyas líneas e hitos fundamentales vamos sólo a esbozar.

Es bien conocido el peso e importancia que tiene «lo sagrado» en las religiones primitivas, por su carga animista o panteísta, ampliamente expuesto por M. Eliade, *Lo sagrado y lo profano*, Madrid, Guadarrama, 1981.

Sin embargo, el teísmo del Antiguo y Nuevo Testamento trata de separar lo sagrado de lo profano, por el peligro de idolatría; aunque se trate de una transformación gradual. Tal es la polémica de los profetas de Israel, que recoterá después Cristo al oponerse al ritualismo y enfatizar el concepto profético de santidad (P. M. Van Duren, *El significado secular del evangelio, basado en un análisis de su lenguaje*, Barcelona, Península, 1968).

La historia de la Iglesia presenta una involución, después de los tiempos evangélicos, y luego una nueva evolución, respecto al genuino concepto de religión, (E. Fromm; *El dogma de Cristo*, Buenos Aires, Paidós, 1984). Los primeros siglos se caracterizan por la oposición al ritualismo judaico y a los cultos paganos y se distinguen por una liturgia simple, sobria y espontánea.

En el primer milenio se observa ya una sacralización del espacio, con edificios reservados, ritos de iniciados y categorías en el culto de los mártires y vírgenes. Lo mismo sucede con el tiempo, al establecerse el «día del Señor» y las celebraciones concretas. La época de Constantino contempla esta transformación, con un creciente distanciamiento entre clero y «laicos profanos». El propio concepto de «pagani» evoluciona desde su simplicidad semántica hacia una concepción segregada.

Con la conversión de los príncipes germánicos, la Iglesia se convierte en una «Iglesia popular», las masas afluyen al cristianismo con un sentido religioso particular y sin una especial preparación. Se produce así un cierto sincretismo. La iconoclastia era una reacción contra estos excesos.

A partir de las cruzadas, la tesis de S. Juan Damasceno se impone, y la veneración de las imágenes alcanza su culmen. Todos los oficios y todas las asociaciones tenían sus patronos, sus procesiones, sus peregrinaciones. A partir del exilio de Aviñón se multiplicó la administración oficial de las bendiciones y de las indulgencias anejas a cosas sagradas.

Justamente este proceso sacralizador se ve frenado por el fenómeno secularizador en múltiples frentes: En primer lugar, la secularización del Estado y de la política, cuando los ciudadanos se organizan en munic-

pios libres y exigen franquicias, al tiempo que los príncipes reaccionan contra la tutela pontificia. Estas tendencias encuentran su primer teórico en Marsilio de Padua, quien, en su *Defensor pacis* (1324, establece las bases del Estado laico moderno, mucho antes de que Maquiavelo proclame la autonomía de la política frente a toda regla moral.

En el siglo XVII, Hobbes construye una teoría según la cual el Estado es fuente de todos los derechos. Con Hegel finalmente, se llega a la concepción de que ese Estado es la encarnación del Espíritu absoluto.

En segundo lugar, se produce la secularización del derecho, que comienza con el descubrimiento, por los juristas de Bolonia, del derecho romano, según el cual el único derecho existente es el «positivo», siendo el Estado su origen y garantía. También y simultáneamente se produce la secularización de la cultura y del arte (Garaudy; *60 oeuvres qui annoncent le futur*, Ginebra 1974, p. 16) y que alcanza su apogeo con el humanismo y el Renacimiento.

Finalmente se seculariza la filosofía, que se aparta de la teología, dejando de ser «ancilla», y constituyéndose como disciplina autónoma. Esto significará la afirmación de un pensamiento que se llamará adulto y crítico, independiente de la fe y a menudo opuesto a ella, acompañado por una autonomía de la moral frente a la ley divina y un declinar de la metafísica clásica.

En el siglo XVIII se acelera esta tendencia que alcanza su apogeo en el siglo XIX y XX, momento en el que el proceso de secularización se transforma en una actitud mental y existencial que llega a ser secularismo. El hombre no sólo se libera de la tutela de la Iglesia, sino que se declara autónomo ante Dios.

Estas tendencias ideológicas que hemos señalado, vienen acompañadas de hechos muy concretos. Tales son la Reforma protestante y las guerras de religión que marcan el punto culminante entre los dos procesos contrarios de sacralización frente a la secularización. Es justamente en la paz de Westfalia (1648), cuando aparece el término que se hace realidad al transferirse los terrenos y propiedades de la Iglesia al Estado. La Revolución francesa (1789) encuentra ya el terreno abonado para acelerar en profundidad el proceso abierto de la secularización a lo largo del XIX y XX.

A medida que avanza la revolución liberal burguesa la secularización es ya un fenómeno irreversible en lo social; lo que obliga a plantearse el problema en el campo político y doctrinal. El catolicismo liberal ofrece una «tercera vía», entre el «Altar y el Trono». La defensa de «una Iglesia libre en un Estado libre», es la fórmula políticamente más realista, y doctrinalmente más «acorde con el Evangelio». Tal es la tesis que se defiende.

Mientras tanto, la lucha se hace cada vez más polivalente: Razón y fe, ciencia y revelación, clericalismo y anticlericalismo, progreso y tradición.

son binomios que esconden profundos problemas doctrinales a lo largo de todo el siglo XIX.

En el siglo XX, la carga emocional parece remitir por un lado y otro. Con el desarrollo de la sociología como disciplina, la secularización comienza a ser usado como término meramente descriptivo y neutral. Así es como pasa al léxico de los historiadores. El pesado lastre emocional obligó a proponer su eliminación del vocabulario sociológico, pero sin resultado. En investigaciones sociológicas empíricas se han distinguido múltiples significados, según los enfoques: El cambio de lo sagrado a lo profano (Durkheim); de la sociedad sagrada a la sociedad secular (H. Becker); se ha definido como «el desencantamiento del mundo» (Max Weber) y «desvanecimiento de la religión» (L. Shiner). Es decir, instituciones, doctrinas y símbolos previamente aceptados, perderían su prestigio e influencia, siendo el desenlace una sociedad sin religión. Sería, como dice el autor que ahora comentamos, «el abandono silencioso de las prácticas religiosas por parte de amplios sectores de la población».

Pero también, desde la teología, el análisis y el cambio se ha ido produciendo. Dietrich Bonhoeffer es el primero que se planteó la cuestión de la relación entre cristianismo y secularización. A su juicio, el cristianismo tiene que secularizarse por dos razones: Razón pastoral: El hombre es maduro respecto a la ciencia, la técnica, el arte, la política e incluso la vida del espíritu. Razón teológica: La secularización es querida por el mismo Evangelio, el cual quiere la salvación del mundo. Lo mismo tiene que hacer la Iglesia si quiere ser fiel al mandato de Cristo. Debe poner su sede en el mundo, en el siglo, adoptando una forma totalmente humana y «mundana». La Iglesia no tiene que pensar en salvarse así misma, sino al mundo (D. Bonhoeffer; *Resistencia y sumisión* Barcelona. Ariel, 1969).

Esta visión del famoso teólogo luterano fue también aceptándose por muchos teólogos católicos quienes fueron considerando la secularización, no sólo como resultado, en parte, de una mayor cultura bíblica, sino como exigencia propia de la libertad y responsabilidad humana.

De esta forma se fue difundiendo, en ambientes religiosos, un aprecio, aunque matizado, de la sociedad secular que había venido a sustituir a la vieja sociedad medieval y a su cristianismo de «cristiandad».

Finalmente, el Concilio Vaticano II distinguió entre una legítima secularización y otra ilegítima: «Si por autonomía de la realidad se quiere decir que las cosas creadas y la sociedad misma gozan de propias leyes y valores... es absolutamente legítima esta exigencia... responde a la voluntad del Creador». Por el contrario «si autonomía de lo temporal quiere decir que la realidad creada es independiente de Dios, y que los hombres pueden usarla sin referencia al Creador», esta sería una concepción ilegítima. Sería secularismo. («Constitución Gaudium et spes» 36, en *Documentos del Vaticano II*. Madrid, B.A.C., 1971, 183.

En estas coordenadas se establece el libro de Lluís Oviedo Torró, que nos sirve de base a este «status questionis» que hacemos del tema. La

obra, que se presentó, en 1989, como tesis doctoral, en la Universidad Gregoriana, tiene así el mejor aval. El autor, por otra parte, es en la actualidad Profesor de la Facultad de Teología San Vicente Ferrer de Valencia, ofrece una plataforma firme desde la que se pueda plantear una reflexión de filósofos, sociólogos, teólogos e historiadores.

El planteamiento se hace entendiendo la secularización, como un elemento más de los procesos de modernización social que reclaman la diferenciación de las áreas económica, política, social y sus respectivas racionalidades (Weber). De tales interpretaciones globales es posible presentar confirmaciones empíricas, pero con carácter parcial, por la complejidad total del proceso. Parece más razonable considerar éstas, y otras semejantes, como interpretaciones de momentos parciales. De ahí el peligro, para el historiador, al extrapolar conceptos y esquemas actuales al pasado.

Por otra parte, el historiador no puede considerar el fenómeno de la secularización, como un proceso lineal, que implicaría la pérdida de lo sacro en la sociedad moderna de modo total e irreversible, sino que actualmente, ya se puede hablar de un desplazamiento hacia otras áreas, de lo sagrado. De este modo, se ha podido hablar de «un retorno de lo sagrado» en las llamadas sociedades opulentas. El florecimiento de las sectas en las grandes ciudades podría ser tal vez un signo, aunque no el único. Todo ello parece propiciar un planteamiento más desapasionado del tema de la secularización, lejos del secularismo, pero también del clericalismo.

El libro viene respaldado por una amplia bibliografía, fundamentalmente en alemán e italiano, aunque no se descarta la francesa y española, lo que explica por la orientación que ha recibido de los asesores de este estudio. Para los interesados en el tema, me permito añadir algunas publicaciones más, pero sólo en lengua española o de aquellos que el autor no cite traducción:

- H. COX: *La ciudad secular*, Barcelona, Península, 1968.
 P. BERGER: *El dosel sagrado*, Buenos Aires, Amorrortu, 1971.
 Idem: *Rumor de ángeles*, Barcelona, Herder, 1975.
 A. GREELY: *El hombre no secular. Persistencia de la religión*, Madrid, Cristiandad, 1974.
 J. JIMÉNEZ BLANCO: *La secularización en España*, Bilbao, Mensajero, 1972.
 R. OTTO: *Lo santo*, Madrid, Revista de Occidente, 1973.
 G. VAHANIAN: *La muerte de Dios*, Barcelona, Grijalbo, 1968.
 S. S. ACQUAVIVA: *Eclipse de lo sagrado en la civilización industrial*, Bilbao, Mensajero, 1972.
 Idem: «Análisis sociológico del problema del ateísmo», en Varios *El ateísmo contemporáneo*, v.I.t.I, Madrid, Cristiandad, 1971.
 J. A. T. ROBINSON: *Sincero para con Dios*, Barcelona, Ariel, 1966.
 A. M. RAMSEY: *Dios y Cristo en un mundo secularizado*, Madrid, Fax, 1971.
 L. DEWART: *Cristianismo y revolución*, Barcelona, Herder, 1965.
 J. B. METZ: *Teología del mundo*, Salamanca, Sígueme, 1970.
 J. BISHOP: *Los teólogos de la muerte de Dios*, Barcelona, Herder, 1969.
 L. DEWART: *El futuro de la fe*, Barcelona, Nova Terra, 1969.
 L. NEWBIGIN: *Religión auténtica para el hombre secular*, Bilbao, Mensajero 1969.

- W. H. VAN DE POEL: *El final del cristianismo convencional*. Buenos Aires, Lohlé.
- G. THILS: *¿Cristianismo sin religión?* Barcelona, Fontanella, 1970.
- B. HARING: *Secularización y moral cristiana*. Madrid, 1973.
- A. NIJK: *Sociología y antropología de la secularización*. Estella, Verbo Divino, 1977.
- J. GRAND-MAISON: *Fe y nueva sensibilidad histórica*. Salamanca, (vol. en col.). Salamanca, 1972.
- M. RODRIGUEZ: *Desacralización, único camino*. Barcelona, Herder, 1975.
- A. DOU: (Ed.) *Religiosidad postsecular*. Bilbao, Mensajero, 1878.
- J. ESTRUCH: *La innovación religiosa*. Barcelona, Ariel, 1972.
- M. ELIADE: *Mito y realidad*. Madrid, Guadarrama, 1974.
- J. y F. RUBIO CARRACELO: *Religión y cambio social*. Madrid, Ricardo Aguilera, 1974.
- VARIOS: *Cambio social y religión en España*. Barcelona, Fontanella, 1975.
- M. YINGER: *Religión, persona y sociedad*. Madrid, Razón y Fe, 1968.
- MAX WEBER: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona, Península. 1991, 9.ª ed.

Otras obras de Max Weber, no están traducidas, siendo mucho más fundamentales para el lema. Al libro que recensamos, nos remitimos, en la seguridad de que, tanto la exposición, como la desconocida bibliografía que aporta, servirá de base al investigador.

Anexo 2



PRESENTACIÓN

Programa de Contingencias Ambientales Atmosféricas para la Temporada seca-cálida

Ciudad de México, a 30 de marzo de 2016



PUNTOS CLAVES

- COFEPRIS: existe una relación directa de 22,000 muertes prematuras al año asociadas a la contaminación del aire.
- El Gobierno de la República ha asumido el compromiso de actualizar el marco normativo relacionado con la calidad de aire con el objeto de proteger la salud de la población.
- Se acordó disminuir los valores para la activación de las Fases de Contingencia Ambiental Atmosférica.
- Recientemente se decretó en la ZMVM una Contingencia Ambiental por ozono.



En el periodo de febrero a junio, se pronostican escenarios de muy poca dispersión de contaminantes, asociados por la alta radiación solar, estabilidad atmosférica y poca humedad en el ambiente.

- Se prevé escenarios que podrían aumentar los episodios de contingencia.
- Por lo cual el Presidente de la República el Lic. Enrique Peña Nieto, instruyó a la SEMARNAT adoptar medidas emergentes para protección de la salud de los habitantes.
- El Ing. Rafael Pacchiano Alamán, convocó a sesión permanente a la CAME, se acordó aplicar restricciones vehiculares adicionales y modificar el Programa de Contingencias Ambientales y proponer medidas extraordinarias.



Medidas Preventivas

El pasado 28 de marzo en sesión extraordinaria del Órgano de Gobierno de la CAME, en la cual participaron el Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y todos los Gobernadores de las entidades que la conforman adoptaron las siguientes medidas:

1. Las fuentes móviles contribuyen con el 88% de los precursores de ozono en 18 Municipios, Estado de México y 16 Delegaciones de la Ciudad de México.
 - Se modificará de manera temporal el Programa Hoy No Circula, con objeto de que a partir del 5 de abril y hasta el 30 de junio, **TODOS** los vehículos, sin considerar número de holograma "0, 00, 1 y 2", dejarán de circular de acuerdo al color de su calcomanía y terminación de placa que le corresponda, incluyendo la restricción para el día sábado y **placas federales**.
2. Se aprueba el Programa de Contingencias Ambientales Atmosféricas, Temporada Seca – Cálida:
 - Se suprime del Programa la Fase de Pre-contingencia.



Principales restricciones para cada Fase

Se adopta la recomendación de COFEPRIS ajustando umbral de activación de las Fases de Contingencia Ambiental:

Contingencia	Restricciones de circulación		
	Vehículos privados	Transporte Público Federal	Transporte Público Local
FASE I	<ul style="list-style-type: none"> Adicional a las restricción de circulación del HNC, dejarán de circular todos los vehículos del color que se indique. 	<ul style="list-style-type: none"> Adicional a las restricción de circulación del HNC, dejarán de circular todos los vehículos del color que se indique. Vigilancia con sensores remotos para detectar y retirar vehículos altamente contaminantes. 	<ul style="list-style-type: none"> Vigilancia con sensores remotos de microbuses, combis y autobuses para detectar y retirar vehículos altamente contaminantes.
FASE II	<ul style="list-style-type: none"> Pares o nones. 	<ul style="list-style-type: none"> Suspensión de circulación por terminación de placa. (Pares o nones) Vigilancia con sensores remotos para detectar y retirar vehículos altamente contaminantes. 	<ul style="list-style-type: none"> Vigilancia con sensores remotos de microbuses, combis y autobuses para detectar y retirar vehículos altamente contaminantes.



Principales restricciones para cada Fase INDUSTRIA

Contingencia	Industria	
	Competencia Federal	Competencia Local
FASE I	<ul style="list-style-type: none"> 30% al 40% de reducción de emisiones en las industrias más contaminantes del Valle de México y cuencas atmosféricas aledañas que contribuyen durante las contingencias ambientales. 	<ul style="list-style-type: none"> Suspensión total de actividades en las plantas de asfaltos fijas o móviles, que no cuenten con equipo de control.
FASE II	<ul style="list-style-type: none"> 60% de reducción de emisiones en industrias más contaminantes del Valle de México y cuencas atmosféricas aledañas que contribuyen durante las contingencias ambientales. 	<ul style="list-style-type: none"> Suspensión total de actividades comerciales de preparación de alimentos que utilicen como combustible carbón o leña y que no cuenten con equipo de control de emisiones.



Principales restricciones para cada Fase SERVICIOS

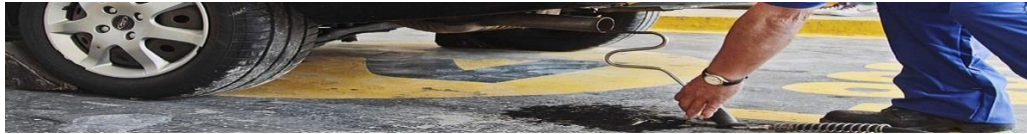
Contingencia	Servicios	
	Competencia Federal	Competencia Local
FASE I	<ul style="list-style-type: none"> Suspensión total de las actividades de estaciones de servicio de gasolina y gas LP de carburación, según corresponda la terminación de su número de identificación Suspensión de actividades de trasvasiado de cilindros portátiles de gas LP 	<ul style="list-style-type: none"> Disminuirán entre 30% y 40% la operación de equipos de combustión indirecta mayores a 70 CC y menores a 100 CC, quedan exentos hospitales y centros de rehabilitación.
FASE II	<ul style="list-style-type: none"> Suspensión total de las actividades de estaciones de servicio de gasolina y gas LP de carburación, según corresponda la terminación de su número de identificación (Pares y nones). 	<ul style="list-style-type: none"> Disminuirán entre 60% la operación de equipos de combustión indirecta mayores a 70 CC y menores a 100 CC, quedan exentos hospitales y centros de rehabilitación.



Medidas adicionales

- ✓ **Adicionalmente y como medidas a mediano y largo plazo:**
 - a. SEMARNAT presentará un nuevo esquema de gestión vehicular, cuya aplicación iniciará el 1 de julio.
 - b. Se conformarán grupos de especialistas para marco normativo de control y reducción de la contaminación del aire.
 - c. La CAME fortalecerá la aplicación del Programa de Gestión para Mejorar la Calidad de Aire (Proaire).
 - d. Se invertirán cerca de 40 millones de pesos para fortalecer el Sistema de Monitoreo de Calidad de Aire de todas las entidades, adquiriendo equipos, homologando sistemas de medición (en especial de PM_{2,5}).





Medidas adicionales

- e. Se contará con una plataforma homologada para dar a conocer la información de calidad de aire en tiempo real de las principales ciudades de la Megalópolis.
- f. Se analizará la propuesta de la Ciudad de México de incorporar un programa de movilidad Megalopolitano, incluyendo los mecanismos de financiamiento correspondiente.
- g. Se solicitará al Sector Salud el análisis de los impactos de la morbilidad y la mortalidad asociados a la exposición por partículas $PM_{2.5}$ a fin de ajustar el Programa hoy presentado con la finalidad de proteger a la población más vulnerable y a la población general.
- h. Así mismo se solicita al Sector Salud la construcción de un Índice de Calidad del Aire, basado en la evidencia de los impactos a la salud, que oriente las acciones particulares a fin de proteger eficientemente a la población.



Anexo 3



GACETA OFICIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Órgano de Difusión del Gobierno de la Ciudad de México

DÉCIMA NOVENA ÉPOCA

6 DE ABRIL DE 2016

No. 44

Í N D I C E

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Jefatura de Gobierno

- Decreto por el que se expropia la poligonal envolvente del predio ubicado en el parámetro suroeste de la Calzada Ermita Iztapalapa, Colonia Los Ángeles, Delegación Iztapalapa, delimitado al noreste por la Calzada Ermita Iztapalapa (Estación y Terminal del Sistema de Transporte Colectivo Metro, Constitución 1917), al este por propiedad de la Ciudad de México, campamento de la Delegación Iztapalapa y Trébol de incorporación de Anillo Periférico, Canal de Garay a la Calzada Ermita Iztapalapa, al noroeste por Calle Hortensia y al suroeste por propiedades particulares, con una superficie de 50,366.54 metros cuadrados, para la prestación de los servicios públicos de transporte en la Ciudad de México, así como para el establecimiento, mejoramiento y uso adecuado de las áreas de tránsito peatonal y vehicular, ciclista y personas con capacidades diferentes, conforme a la jerarquía de movilidad y la infraestructura de movilidad y equipamiento auxiliar de los servicios públicos; así como el mejoramiento del entorno de ese centro de población, mediante la realización de infraestructura, de movilidad y equipamiento auxiliar de los servicios públicos de transportes de pasajeros y de carga que garantice la eficiencia en la prestación del servicio, así como el mejoramiento del centro de población por el embellecimiento al entorno en los niveles urbano y metropolitano respecto del espacio público, de beneficio colectivo (Segunda Publicación) 4

Secretaría del Medio Ambiente

- Aviso por el que se da a conocer el Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas en la Ciudad de México 10

Delegación Álvaro Obregón

- Aviso por el cual se da a conocer el enlace electrónico donde podrá ser consultada la actualización del Padrón de Beneficiarios del Programa Delegacional de Apoyo a Familias en Desventaja Social 2015 24
- Aviso por el cual se da a conocer el Padrón de Beneficiarios del Programa Comunitario de Mejoramiento de Imagen Urbana 2016 25

Continúa en la Pág. 2

SECRETARÍA DEL MEDIO AMBIENTE

M. en C. Tanya Müller García, Secretaria del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México, con fundamento en los artículos 4º párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7º fracciones II y III, 8º fracción III, 9º y 112 fracciones I, VIII, X y XII de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; 87 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; 2º, 15 fracción IV, 17 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal; 1 fracciones I, II, V y VI, 2 fracciones I, VIII y IX, 6 fracción II, 9 fracciones I, IV, XXVII, XXVIII y XXXVII, 130, 131, 133 fracciones I, VII y X, 138, 139, 171 fracción IV, 175 fracción IV, 180 fracción IV y del 182 al 186 de la Ley Ambiental de Protección a la Tierra en el Distrito Federal; 1, 2, 7º fracción IV, numeral 1 y 54 fracciones V, X, XI y XV del Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal; el Programa Hoy No Circula en el Distrito Federal vigente, y el Acuerdo por el que se dan a conocer las Medidas Temporales para Prevenir, Controlar y Minimizar las Contingencias Ambientales o Emergencias Ecológicas, Provenientes de Fuentes Móviles, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 04 de abril de 2016; y

CONSIDERANDO

Que es necesario que el Gobierno de la Ciudad de México en coordinación con la sociedad asuma esfuerzos y sean corresponsables en el propósito de disminuir la emisión de contaminantes a la atmósfera y de evitar contingencias ambientales atmosféricas provocadas por fuentes fijas y móviles que se encuentren en las delegaciones de la Ciudad de México.

Que entre las acciones de carácter metropolitano que han venido instrumentando de manera coordinada las autoridades de la Ciudad de México y del Estado de México, con la participación activa de la sociedad, destaca el Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas, el cual se aplica en las 16 delegaciones de la Ciudad de México y en los 18 municipios conurbados del Estado de México que integran la Zona Metropolitana del Valle de México (ZMVM).

Que para este Programa se entenderá como Zona Metropolitana del Valle de México la integrada por las 16 delegaciones de la Ciudad de México y los siguientes 18 municipios conurbados del Estado de México: Atizapán de Zaragoza, Coacalco de Berriozábal, Chalco, Chicoloapan, Chimalhuacán, Cuautitlán, Cuautitlán Izcalli, Ecatepec de Morelos, Huixquilucan, Ixtapaluca, La Paz, Naucalpan de Juárez, Nezahualcóyotl, Nicolás Romero, Tecámac, Tlalnepantla de Baz, Tultitlán y Valle de Chalco Solidaridad.

Que la Secretaría del Medio Ambiente de la Ciudad de México, está facultada para emitir los lineamientos de prevención y control de la contaminación ambiental, así como determinar y aplicar, en coordinación con las demás autoridades competentes, los programas y medidas para prevenir y controlar contingencias y emergencias ambientales.

Que el Programa General de Desarrollo 2013-2018 publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 11 de septiembre de 2013, establece en su EJE 3. Desarrollo Económico Sustentable, Área de Oportunidad 2. Calidad del Aire y Cambio Climático, Objetivo 1, tiene como Meta 1, Mejorar la calidad del aire de la Ciudad, reduciendo las emisiones contaminantes, mediante la actualización de los niveles de activación del Programa de Contingencias Ambientales Atmosféricas, incluyendo el mecanismo de exención de las industrias y los servicios.

Que en este contexto, el Programa Sectorial Ambiental y de Sustentabilidad 2013-2018, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de octubre de 2014, establece dentro de sus objetivos el mejoramiento de la calidad del aire para proteger la salud de mujeres y hombres, con atención a sus necesidades específicas, en congruencia con las nuevas políticas de desarrollo urbano.

Que el Programa para Mejorar la Calidad del Aire de la Zona Metropolitana del Valle de México (PROAIRE) 2011- 2020 establece en la Estrategia 1 la ampliación y refuerzo de la protección de la salud, en la Medida 5 la Actualización del Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas, cuyos objetivos establecen modernizar y actualizar el Programa, con el propósito de fortalecer las medidas dirigidas a disminuir las emisiones contaminantes durante episodios agudos de contaminación del aire.

Que ante situaciones adversas para la concentración de contaminantes es indispensable reducir su emisión, a fin de evitar mayores concentraciones de éstos, que puedan ocasionar contingencias ambientales y poner en riesgo la salud de la población y la preservación de los ecosistemas.

Que de acuerdo con las disposiciones jurídicas federales, locales y para efectos del presente Aviso, una contingencia ambiental atmosférica es la situación eventual y transitoria declarada por las autoridades competentes cuando se presenta o se prevé, con base en análisis objetivos o en el monitoreo de la contaminación ambiental del aire, una concentración de contaminantes o un riesgo ecológico derivado de actividades humanas o fenómenos naturales que afecten la salud de la población o el ambiente;

Que la Secretaría del Medio Ambiente a través de la Dirección General de Gestión de la Calidad del Aire está facultada para establecer coordinadamente, con las autoridades competentes de la administración pública, la aplicación de las medidas de tránsito y vialidad, para reducir las emisiones contaminantes de los automotores, y por tanto, evitar contingencias ambientales atmosféricas.

Que ante el incremento en el parque vehicular de la Zona Metropolitana del Valle de México, la saturación de los espacios viales, el uso del transporte privado en trayectos que involucran las vías secundarias y la circulación de una gran cantidad de vehículos matriculados en otras entidades o en el extranjero, es indispensable mejorar las acciones y estrategias instrumentadas por los gobiernos de la Ciudad de México y el Estado de México, para reducir la emisión de contaminantes y evitar mayores concentraciones de los mismos que, a su vez, puedan ocasionar contingencias ambientales y daños en la salud de la población metropolitana;

Que el 3 de octubre del 2013, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el "Convenio de Coordinación por el que se crea la Comisión Ambiental de la Megalópolis", cuyo objeto es constituir la Comisión Ambiental de la Megalópolis como un órgano de coordinación, para llevar a cabo, entre otras acciones, la planeación y ejecución de acciones en materia de protección al ambiente, de preservación y restauración del equilibrio ecológico en la zona, la cual está conformada por los órganos políticos administrativos desconcentrados de la Ciudad de México, así como los Municipios de los Estados de Hidalgo, México, Morelos, Puebla y Tlaxcala.

Que el 19 de junio de 2014 se publicó en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, el Decreto por el que se expide el Programa Hoy No Circula en el Distrito Federal, que tiene por objeto, establecer medidas aplicables a la circulación vehicular de fuentes móviles o vehículos automotores, con el objetivo de prevenir, minimizar y controlar la emisión de contaminantes provenientes de fuentes móviles que circulan en la Ciudad de México, sea cual fuere el origen de las placas y/o matrícula del vehículo, mediante la limitación de su circulación.

Que la actualización y modernización de este tipo de programas, fortalece el marco de políticas y estrategias para la ejecución de medidas tendientes a abatir el deterioro ambiental en la Ciudad de México Distrito Federal, disminuir la contaminación atmosférica y proteger la salud de los habitantes de la Ciudad de México y su zona conurbada, he tenido a bien expedir el siguiente:

AVISO POR EL QUE SE DA A CONOCER EL PROGRAMA PARA CONTINGENCIAS AMBIENTALES ATMOSFÉRICAS EN LA CIUDAD DE MÉXICO.

I. INTRODUCCIÓN.

Una contingencia ambiental atmosférica, de acuerdo con las Normas Oficiales Mexicanas y las Normas Ambientales para el Distrito Federal, es la situación eventual y transitoria declarada por las autoridades competentes cuando se presenta o se prevé, con base en análisis objetivos o en el monitoreo de la contaminación ambiental, una concentración de contaminantes o un riesgo ecológico derivado de actividades humanas o fenómenos naturales que afectan la salud de la población o al ambiente.

En tal contexto, es necesario puntualizar la actuación y responsabilidades concretas de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública del Gobierno Federal, del Distrito Federal y del Estado de México en coordinación con la CAME a través del presente instrumento, para asegurar que los límites máximos permisibles de contaminantes a la atmósfera se cumplan y a su vez garantizar el derecho a un medio ambiente sano de los habitantes.

II. NATURALEZA DEL PROGRAMA.

Las actividades a que hace referencia el presente Programa, son de carácter obligatorio para las dependencias del Gobierno de la Ciudad de México Estatales, las 16 delegaciones, para la sociedad, así como para los propietarios de las industrias, comercios y servicios asentados en la Ciudad de México.

III. OBJETO DEL PROGRAMA.

Definir el mecanismo a través del cual se activan las fases de contingencia ambiental atmosférica, así como las acciones a implementar por autoridades, propietarios de industrias, comercios y servicios y ciudadanos en general, con el fin de prevenir y controlar las emisiones contaminantes del aire y disminuir los efectos adversos a la salud de la población.

IV. ÁMBITO GEOGRÁFICO DE APLICACIÓN DEL PROGRAMA

La Zona Metropolitana del Valle de México (ZMVM), integrada por las 16 delegaciones de la Ciudad de México: Álvaro Obregón, Azcapotzalco, Benito Juárez, Coyoacán, Cuauhtémoc, Cuajimalpa, Gustavo A. Madero, Iztacalco, Iztapalapa, Magdalena Contreras, Miguel Hidalgo, Milpa Alta, Tlalpan, Tláhuac, Venustiano Carranza y Xochimilco y 18 municipios conurbados del Estado de México siguientes: Atizapán de Zaragoza, Coacalco de Berriozábal, Cuautitlán, Cuautitlán Izcalli, Chalco, Chicoloapan, Chimalhuacán, Ecatepec de Morelos, Huixquilucan, Ixtapaluca, La Paz, Naucalpan de Juárez, Nezahualcóyotl, Nicolás Romero, Tecámac, Tlalnepantla de Baz, Tultitlán y Valle de Chalco.

V. DEFINICIONES.

Para efectos del presente Programa, se entenderá por:

Bancos de materiales.- Depósitos de materiales en su estado natural de reposo, como arena, grava, tepetate, tezontle, arcilla, piedra o cualquier otro material derivado de las rocas que son susceptibles de ser utilizados como material de construcción, como agregado para la fabricación de éstos o como de ornamentación.

CAME.- Comisión Ambiental de la Megalópolis, órgano de coordinación, para llevar a cabo entre otras acciones, la planeación y ejecución de acciones en materia de protección al ambiente, de preservación y restauración del equilibrio ecológico en la zona, conformada por los órganos político administrativos desconcentrados de la Ciudad de México, así como los municipios de los Estados de Hidalgo, México, Morelos, Puebla y Tlaxcala, creada mediante decreto publicado en Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre de 2013.

Concentración de contaminantes.- Cantidad de materia, sustancias o formas de energía en cualquiera de sus estados físicos y formas, que al incorporarse o actuar en la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier elemento natural, altere o modifique su composición y condición natural, implicando molestia grave, riesgo o daño para la seguridad y la salud de todo ser vivo.

Contaminación.- La presencia en el ambiente de toda sustancia que en cualquiera de sus estados físicos y químicos al incorporarse o actuar en la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier elemento natural, altere o modifique su composición y condición natural, causando desequilibrio ecológico.

Contaminante.- Toda materia o energía en cualesquiera de sus estados físicos y formas que al incorporarse o actuar en la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier otro elemento de la naturaleza, altere o modifique su composición y condición natural.

Contingencia Ambiental Atmosférica.- Situación eventual y transitoria declarada por las autoridades competentes, cuando la concentración de contaminantes en la atmósfera alcance niveles potencialmente dañinos a la salud de la población más vulnerable tales como, niños, adultos mayores y enfermos de vías respiratorias.

Contingencia Ambiental Atmosférica Regional.- Situación eventual y transitoria declarada por las autoridades competentes, cuando la concentración de contaminantes en la atmósfera alcance niveles potencialmente dañinos a la salud de la población más vulnerable tales como, niños, adultos mayores y enfermos de vías respiratorias, aplicando las medidas solo en una de las cinco zonas de la Zona Metropolitana de la Valle de México.

Emisión.- Descarga directa o indirecta a la atmósfera de toda sustancia, en cualquiera de sus estados físicos, o de energía.

Estados con convenio de verificación vehicular.- Entidades Federativas que celebren convenios de homologación para el proceso de verificación vehicular con la Ciudad de México.

Fuente fija.- Los establecimientos industriales, mercantiles y de servicio y los espectáculos públicos que emitan contaminantes al ambiente, ubicados o realizados, según corresponda, en la Ciudad de México (la maquinaria y equipo para la construcción que opere a base de combustión, será considerada como fuente fija).

Fuente móvil.- Los vehículos automotores que emitan contaminantes al ambiente.

Industria.- Son plantas industriales estacionarias (manufactureras o de producción) que generan emisiones desde equipos estacionarios a través de chimeneas o ductos de venteo, o bien desde fuentes fugitivas no confinadas.

Inventario de emisiones.- Conjunto de datos que caracterizan y cuantifican las descargas a la atmósfera, de las fuentes emisoras.

Índice.- Índice de Calidad del Aire, antes Índice Metropolitano de la Calidad del Aire (IMECA), es un indicador diseñado para informar a la población sobre el estado de la calidad del aire, muestra que tan contaminado se encuentra el aire y cuáles podrían ser los efectos en la salud. Se calcula para cinco contaminantes criterio, dióxido de azufre (SO₂), monóxido de carbono (CO), dióxido de nitrógeno (NOX), ozono (O₃) y partículas. Un valor de 100 indica una buena calidad del aire, cualquier nivel superior a 100 implica algún riesgo para la salud.

Línea base de emisiones.- Las emisiones de una fuente fija de la industria, en su operación a capacidad rutinaria y sin equipo de control o sistemas de reducción de emisiones.

Manual.- Manual para la Aplicación del Programa para Contingencias Ambientales en la Ciudad de México.

Municipios conurbados.- Atizapán de Zaragoza, Coacalco de Berriozábal, Chalco, Chicoloapan, Chimalhuacán, Cuautitlán, Cuautitlán Izcalli, Ecatepec de Morelos, Huixquilucan, Ixtapaluca, La Paz, Naucalpan de Juárez, Nezahualcóyotl, Nicolás Romero, Tecámac, Tlalnepantla de Baz, Tultitlán y Valle de Chalco Solidaridad.

Quema.- Combustión inducida de cualquier sustancia o material.

Reducción Interna.- Disminución de emisiones contaminantes a la atmósfera, derivada de cambios tecnológicos o mejoras en los procesos productivos, materias primas y combustibles en las fuentes fijas.

SIMAT.- Sistema de Monitoreo Atmosférico de la Ciudad de México.

Vehículos automotores: cualquier tamaño utilizados para el transporte colectivo público y privado de pasajeros, registrados en la Ciudad de México, y que ofrecen el servicio de forma continua, uniforme, regular, permanente e ininterrumpida a persona indeterminada o al público en general.

ZMVM.- Zona Metropolitana del Valle de México, la que comprende el territorio de las 16 demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y de los 18 municipios conurbados del Estado de México.

Zona Centro.- El área geográfica de la ZMVM, conformada por las demarcaciones territoriales de Benito Juárez, Cuauhtémoc, Iztacalco y Venustiano Carranza.

Zona Noreste.- El área geográfica de la ZMVM, conformada por la demarcación territorial de Gustavo A. Madero y los Municipios de Coacalco de Berriozábal, Chicoloapan, Chimalhuacán, Ecatepec de Morelos, Ixtapaluca, La Paz, Nezahualcóyotl y Tecámac.

Zona Noroeste.- El área geográfica de la ZMVM, conformada por las demarcaciones territoriales de Azcapotzalco y Miguel Hidalgo y los municipios de Atizapán de Zaragoza, Cuautitlán, Cuautitlán Izcalli, Naucalpan de Juárez, Nicolás Romero, Tlalnepantla de Baz y Tultitlán.

Zona Sureste.-El área geográfica de la ZMVM, conformada por las demarcaciones territoriales de Iztapalapa, Milpa Alta, Tláhuac, Xochimilco y los municipios de Chalco y Valle de Chalco.

Zona Suroeste.- El área geográfica de la ZMVM, conformada por las demarcaciones Territoriales de Álvaro Obregón, Coyoacán, Cuajimalpa, Magdalena Contreras, Tlalpan y el municipio de Huixquilucan.

VI. FASES DE ACTIVACIÓN

Se declarará la activación del Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas (PCAA) en la FASE que corresponda, cuando con base a la información registrada por el Sistema de Monitoreo Atmosférico de la Ciudad de México (SIMAT), se registren los índices de calidad del aire, establecidos en la Tabla siguiente:

TABLA 1

CONTINGENCIA	ACTIVACIÓN (puntos)		SUSPENSIÓN
	OZONO	PM10	
FASE I	Mayor a 150		Igual o menor a 150 puntos
FASE II	Mayor a 200		

Nota: La Unidad [puntos] es referida al Índice de Calidad del Aire.

La activación de la contingencia ambiental atmosférica se decretará en el transcurso de la hora siguiente al registro de los valores del índice de la calidad del aire.

Para el caso de PM10, cuando se registren los valores del índice de la calidad del aire entre las 22:00 y las 06:00 horas, el aviso de activación del Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas se deberá realizar a más tardar a las 10:00 horas de la mañana.

Se activará una contingencia tipo regional por PM10, en el caso de registrarse un valor mayor a 150 puntos en sólo una de las cinco zonas de la Zona Metropolitana de la Valle de México.

La activación y suspensión de la contingencia ambiental regional por PM10, tendrá lugar exclusivamente en la zona en donde se registren los valores del índice de calidad del aire.

En el caso de que se registren valores superiores a los indicados en dos o más zonas de la Zona Metropolitana del Valle de México, se declarará contingencia ambiental por PM10 en toda la ZMVM.

La activación se realizará a través de la difusión de un comunicado de la Comisión Ambiental de la Megalópolis con la siguiente información:

- a) Lugar, fecha y hora de la emisión del comunicado.
- b) Número de comunicado.
- c) Descripción breve de la situación de calidad del aire.
- d) Zonas y estaciones que registraron los valores del índice de la calidad del aire que activaron la FASE.
- e) Valor del índice de la calidad del aire que activó la contingencia ambiental atmosférica.
- f) Declaratoria de activación.
- g) Riesgos y recomendaciones para la población.

VII. APLICACIÓN DEL PROGRAMA.

El presente Programa se aplicará una vez que se haya declarado su activación por las autoridades competentes, conforme a lo dispuesto en este instrumento, en la Ley Ambiental de Protección a la Tierra en el Distrito Federal y demás disposiciones vigentes.

La declaratoria de activación del Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas en la FASE que corresponda, así como la suspensión, se sujetará a las siguientes bases:

VII.1 De acuerdo con los datos registrados por el Sistema de Monitoreo Atmosférico de la Ciudad de México (SIMAT), la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México en coordinación con la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Estado de México, a través de la Comisión Ambiental de la Megalópolis (CAME), declararán la activación del Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas en la FASE que corresponda, así como la aplicación y suspensión de las medidas procedentes.

VII.2 Para los efectos de la declaratoria de activación del Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas, se considerarán los valores del índice más altos registrados por el SIMAT en la FASE que corresponda.

VII.3 La declaración respectiva se difundirá conjuntamente con las medidas correspondientes, de acuerdo con los procedimientos que para el efecto se establezcan, a través de los medios masivos de comunicación.

VII.4 A partir de la declaratoria de activación, se realizará una evaluación permanente de las condiciones meteorológicas y de calidad del aire prevaleciente, así como su probable evolución en las siguientes horas.

VII.5 La evaluación que se realice se informará a la población a través de boletines informativos a las 10:00 y 18:00 horas, los cuales contendrán información sobre la continuación de la contingencia o decretar su suspensión considerando las condiciones meteorológicas para la dispersión de contaminantes en las horas siguientes.

VII.6 La declaratoria deberá establecer el plazo durante el cual permanecerán vigentes las medidas respectivas, así como los términos en que podrán prorrogarse. La determinación de continuar o suspender la FASE correspondiente en la cual se activó el Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas deberá difundirse ampliamente a través de los medios de comunicación masiva.

VII.7 A partir del momento en que las autoridades competentes declaran la activación de la contingencia ambiental atmosférica en la FASE que corresponda y hasta las 22:00 horas del día en que se determine la suspensión de la misma, se deberán acatar las medidas previstas en el presente Programa.

VII.8 En comunicado deberá contener las recomendaciones para la protección a la salud de la población.

VII.9 El primer día de activación del PCAA en cualquiera de sus FASES, comprende las primeras 24 horas a partir del momento en que se declaró la FASE correspondiente; el segundo día comprende las 24 horas subsecuentes, y así sucesivamente.

VII.10 La Comisión Ambiental de la Megalópolis y los gobiernos que la integran podrán establecer medidas adicionales de carácter general para la protección de la salud de la población y el control de las actividades que generen emisiones contaminantes atmosféricas en la ZMVM.

VIII. CONTINUACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA FASE DE CONTINGENCIA AMBIENTAL

VIII.1 Si al momento de la evaluación, el valor del índice de la calidad del aire es igual o menor al valor indicado en la Tabla I y se determina que en las horas subsecuentes las condiciones meteorológicas para la dispersión de contaminantes serán favorables para la disminución de los niveles de contaminación, se emitirá un comunicado con la declaratoria de suspensión de la contingencia ambiental atmosférica.

El comunicado deberá contener la siguiente información:

- a) Lugar, fecha y hora de la emisión del comunicado.
- b) Número de comunicado.
- c) Descripción breve del pronóstico meteorológico y de calidad del aire.
- d) Declaratoria de continuación o suspensión de la FASE de contingencia ambiental atmosférica.
- e) Recomendaciones a la población.

VIII.2 Declarada la suspensión de la contingencia ambiental, las autoridades responsables de la aplicación y vigilancia de las medidas aplicadas en la Ciudad de México, enviarán su informe de actividades realizadas a la Secretaría del Medio Ambiente, dentro de las 48 horas hábiles posteriores a la declaratoria de suspensión.

VIII.3 La Secretaría del Medio Ambiente enviará el informe de actividades llevadas a cabo en la Ciudad de México, a la Coordinación Ejecutiva de la Comisión Ambiental de la Megalópolis (CAME), dentro de las 72 horas hábiles posteriores a la declaratoria de suspensión del PCAA.

IX. DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA.

IX.1 Las autoridades ambientales de la Ciudad de México están obligadas a informar a los directivos o responsables de las escuelas públicas o privadas, sobre la activación de una contingencia ambiental atmosférica para que limiten las actividades cívicas o deportivas que expongan o afecten la salud de su población escolar y su personal.

IX.2 En el caso de la activación de una contingencia ambiental atmosférica, los directivos o responsables de las escuelas públicas y privadas deberán limitar las actividades al aire libre: cívicas, deportivas, de recreo u otras que expongan a los niños y jóvenes en edad escolar a la contaminación, principalmente entre las 13:00 y las 19:00 horas.

IX.3 Los propietarios, poseedores o conductores de los vehículos de transporte privado y público de carga o de pasajeros con placas expedidas por el Gobierno de la Ciudad de México, por cualquier otra entidad federativa o por la Federación o bien en el extranjero, que circulen en caminos de la Ciudad de México, se encuentran obligados al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente programa, de conformidad con la normatividad vigente.

IX.4 Los propietarios, representantes legales, gerentes y operadores de los comercios, servicios y fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local, quedan obligados a observar las disposiciones del presente programa, conforme a los criterios establecidos en el mismo y en términos de la normatividad vigente.

X. MEDIDAS APLICABLES

X.1 SALUD.

- Se recomienda permanecer en interiores entre las 13:00 y las 19:00 horas a los grupos sensibles siguientes: niños, adultos mayores y personas con problemas respiratorios y cardiovasculares.
- Los centros escolares evitarán las actividades cívicas, culturales, deportivas y de recreo al aire libre.
- Se recomienda a la población en general evitar las actividades deportivas, cívicas, de recreación u otras al aire libre, principalmente entre las 13:00 y las 19:00 horas.
- A deportistas se les recomienda abstenerse de realizar ejercicio o desarrollar actividades al aire libre que requieran un esfuerzo vigoroso, principalmente entre las 13:00 y las 19:00 horas.
- Cuando la contingencia ambiental atmosférica se deba a **PM10**, se indicará ampliar las recomendaciones señaladas las 24 horas del día.
- Las medidas de protección a la salud entrarán en vigor a partir de la declaración de la contingencia ambiental atmosférica hasta el momento en que se declare la suspensión.

X.2 TRANSPORTE

- El Gobierno de la Ciudad de México reconoce los hologramas de los vehículos automotores emplacados en entidades federativas integrantes de la CAME, así como aquellas que hayan celebrado convenios específicos para el reconocimiento de dichos hologramas y los que hayan verificado de manera voluntaria en la ZMVM.
- Las autoridades de tránsito y vialidad, establecerán operativos para la agilización de la circulación vehicular en la Zona Metropolitana del Valle de México.

- No podrá circular ningún vehículo utilizado expreso para fines publicitarios.
- Se reforzará la vigilancia a vehículos ostensiblemente contaminantes.
- Se aplicará restricción a la circulación para vehículos automotores con base a lo establecido en la Tabla 2.
- Las limitaciones a la circulación de vehículos automotores establecidas en este Programa, entrarán en vigor a partir de las 5:00 horas del día siguiente a la declaratoria de la contingencia ambiental atmosférica y hasta las 22:00 horas del día en que se determine su conclusión.
- Los vehículos automotores de servicio particular y de carga ligeros (automóviles, camionetas tipo van y pick up) con placas de circulación del extranjero o de otras entidades federativas distintas a los Estados que integran la Comisión Ambiental de la Megalópolis, tendrán que acatar la restricción a la circulación establecida en la Tabla 2.
- Vehículos de reparto de gasolina, diésel y gas LP, serán objeto de las reglas señaladas en la Tabla 2.
- A los propietarios de vehículos con placas de circulación de otras entidades federativas o del extranjero, así como los que porten pase turístico vigente, tendrán que acatar la restricción a la circulación establecida en la Tabla 2.
- Los vehículos que porten placas formadas exclusivamente por letras y sin holograma de verificación tendrán que acatar la restricción a la circulación establecida en la Tabla 2.
- Durante la contingencia ambiental atmosférica, los vehículos destinados al servicio de transporte de carga, tendrán que acatar la restricción a la circulación establecida en la Tabla 2. Esta disposición se aplica a los vehículos con placa federal, los correspondientes a otras entidades federativas distintas a las de la Ciudad de México o el Estado de México, así como a los que cuenten con placas del extranjero.
- Los vehículos que transportan mercancías o productos perecederos podrán circular de 22:00 a 05:00 hrs. el día que les aplique la restricción, con base a los programas ambientales vigentes.

TABLA 2

CONTINGENCIA	RESTRICCIÓN DE LA CIRCULACIÓN					
FASE I	Sin distinción del tipo de holograma de verificación vehicular (1, 2, 0 y 00), se implementará el programa de restricción vehicular "Hoy No Circula" con la restricción adicional de un color del engomado o terminación numérica de placas de circulación que definirá la CAME en cada contingencia.					
	Día	Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes
	Color engomado o terminación de placa HNC	Amarillo (5 y 6)	Rosa (7 y 8)	Rojo (3 y 4)	Verde (1 y 2)	Azul (9 y 0) Permisos y matrícula sin números
	Color Adicional engomado o terminación de placa	Rojo (3 y 4)	Verde (1 y 2)	Azul (9 y 0) Permisos y matrícula sin números	Amarillo (5 y 6)	Rosa (7 y 8)
	Sábado del mes	Primero	Segundo	Tercero	Cuarto	Quinto (en los casos que aplique)
	Color engomado o terminación de placa HNC	Amarillo (5 y 6)	Rosa (7 y 8)	Rojo (3 y 4)	Verde (1 y 2)	Azul (9 y 0) Permisos y matrícula sin números
Color Adicional engomado o terminación de placa	Rojo (3 y 4)	Verde (1 y 2)	Azul (9 y 0) Permisos y matrícula sin números	Amarillo (5 y 6)	Rosa (7 y 8)	

FASE II	Todos los vehículos de acuerdo al último dígito numérico de la placa de circulación par o non de manera alternada.
----------------	--

Nota: Si al concluir el día se pronostica que la FASE va a continuar, se informarán las limitaciones vehiculares del día siguiente.

X.3 SERVICIOS.

Se suspenderán las siguientes:

- Actividades de pintura de vehículos en la vía pública, mobiliario y equipos a cielo abierto, así como en instalaciones sin casetas de pintura.
- Actividades de limpieza y desengrase en los servicios que utilicen productos orgánicos volátiles sin control de emisiones.
- Actividades de abastecimiento de combustibles en estaciones de servicio que no cuenten con sistemas de recuperación de vapores, o que estos no operen adecuadamente.
- Actividades de bacheo, pintado, balizamiento y pavimentación, así como las obras y actividades que obstruyan o dificulten el tránsito de vehículos.
- Actividades en los establecimientos que utilicen como combustible leña o carbón.
- Actividades para la fabricación artesanal de tabique rojo.
- Suspensión total de las 5:00 a las 22:00 hrs, de las estaciones de servicio de gasolina y gas LP de carburación, según corresponda a la terminación de su último dígito numérico de identificación, siguiendo el criterio de la Tabla 3 (Agencia de Seguridad, Energía y Ambiente).
- Suspensión en Fase I del 20% de las plantas de distribución de gas licuado de petróleo de acuerdo a la terminación de su número de identificación, siguiendo el criterio de la Tabla 3.

TABLA 3

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes
5 y 6	7 y 8	3 y 4	1 y 2	9 y 0
1er sábado de mes	2o. sábado de mes	3er sábado de mes	4o sábado de mes	5o sábado de mes

X.4 FUENTES FIJAS DE LA INDUSTRIA.

- Se suspenderán las actividades de limpieza y desengrase en la industria de jurisdicción federal y local que utilicen productos orgánicos volátiles y que no cuente con control de emisiones.
- Las fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local que tengan procesos que emitan precursores de ozono y partículas, a través de los propietarios, representantes legales, gerentes y operadores, quedan obligadas a reducir sus emisiones entre el 30% y 40% sobre su línea base de manera inmediata a la declaratoria de la FASE I de contingencia ambiental atmosférica.
- Las plantas industriales de distribución y almacenamiento de gas licuado de petróleo, suspenderán las labores de mantenimiento, reparación y trasvasado que impliquen liberación de hidrocarburos a la atmósfera, con excepción de las realizadas en caso de emergencia o accidente (Agencia de Seguridad, Energía y Ambiente).

XI.- SOLICITUD DE EXENCIÓN PARA FUENTES FIJAS INDUSTRIA JURISDICCIÓN FEDERAL Y LOCAL

**TABLA 4
EXENCIONES APLICABLES EN CASO DE CONTINGENCIA AMBIENTAL POR OZONO**

FUENTES FIJAS QUE UTILICEN	CONTINGENCIA POR OZONO
	EXENTAN FASE I
<i>GAS NATURAL Y/O GAS L.P.</i>	<p>1.1 Quedarán exentas de participar cuando sus emisiones de NOx sean menores a 10 ton/año,</p> <p>1.2 Quedarán exentas de participar durante los primeros tres días de declarada la contingencia, cuando sus emisiones totales de NOx sean iguales o mayores a 10 ton/año en las siguientes situaciones:</p> <p>1.2.1 Cuando demuestren a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México contar con equipos de combustión de alta eficiencia, equipos de baja emisión de NOx o sistemas equivalentes, aplicando programas de mantenimiento de los equipos con la calidad y periodicidad necesaria para garantizar su operación eficiente. Estos equipos y sistemas deberán operar en forma permanente reduciendo en un 30% sus emisiones respecto de su línea base.</p> <p>1.2.2 Cuando demuestren a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México una reducción de al menos 30% de sus emisiones en forma permanente respecto a su línea base de emisiones utilizando uno o varios de los siguientes criterios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Eficiencia energética. 2. Emisión por unidad de producción.
OTROS COMBUSTIBLES DIFERENTES AL GAS NATURAL Y GAS L.P. PERMITIDOS EN LA ZMVM	<p>2.1 Quedarán exentas de participar cuando sus emisiones de NOx sean menores a 2.5 ton/año.</p> <p>2.2 Quedarán exentas de participar durante los primeros tres días de declarada la contingencia, cuando sus emisiones totales de NOx sean iguales o mayores a 2.5 ton/año, y demuestren a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México, una reducción de al menos 30% de sus emisiones en forma permanente respecto a su línea base de emisiones utilizando uno o varios de los siguientes criterios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Eficiencia energética. 2. Emisión por unidad de producción. 3. Programas de gestión ambiental

- A) Los propietarios o representantes legales de fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local, podrán presentar a la autoridad ambiental la solicitud de exención a las limitaciones señaladas en la FASE I por ozono y PM10 del presente Aviso, durante los tres primeros meses de cada año calendario (de enero a marzo) y además deberán demostrar el cumplimiento integral de la normatividad ambiental vigente aplicable en materia de emisiones atmosféricas, conforme a los criterios establecidos en las tablas 4 y 5.
- B) La autoridad ambiental competente, en el mes de abril, dará contestación fundada y motivada respecto de la exención o no de la fuente fija de la industria de jurisdicción federal y local solicitante.
- C) La autoridad ambiental competente, podrá en todo momento realizar los actos administrativos necesarios para comprobar la veracidad de la información aportada por las fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local que soliciten la exención indicada en términos del presente apartado.
- D) La autoridad ambiental competente podrá llevar a cabo la revocación de la exención otorgada, en cualquier momento, mediante resolución fundada y motivada que así lo determine.

XII.- VEHÍCULOS EXENTOS DE LA RESTRICCIÓN VEHICULAR EN CONTINGENCIA AMBIENTAL ATMOSFÉRICA:

- Vehículos eléctricos e híbridos.
- Vehículos a gas natural y gas L.P registrados ante las autoridades ambientales.
- Vehículos automotores destinados a prestar servicios de emergencia, salud, seguridad pública, bomberos, rescate, protección civil, servicios urbanos y de vigilancia ambiental rotulados.

- Vehículos de transporte escolar y de personal que cumplan con las especificaciones de verificación vehicular vigentes en el Valle de México y cuenten con el holograma correspondiente.
- Vehículos destinados a cortejos fúnebres y transporte de servicios funerarios.
- Vehículos sean destinados a transportar o sean conducidos por personas con discapacidad, siempre que cuenten con las placas de matrícula de identificación respectiva o porten el holograma o documento oficial.
- Transporte de residuos peligrosos con la autorización correspondiente.
- Servicio público de pasajeros y turismo (vagonetas, microbuses y autobuses) con placas con placa federal o local que cumplan con las disposiciones de verificación vigentes.
- Para el caso de taxis podrán circular de las 05:00 a las 10:00 hrs., los días que tengan la restricción.
- Los vehículos que transportan mercancías o productos perecederos en unidades con sistemas de refrigeración, así como las unidades revolventoras de concreto.
- La Secretaría del Medio Ambiente de la Ciudad de México en coordinación con la Secretaría del Medio Ambiente del Estado de México, en el marco de la Comisión Ambiental de la Megalópolis podrá determinar la ampliación o cancelación de estas exenciones de acuerdo a la valoración que se realice de los niveles de contaminación del aire y las condiciones atmosféricas.

XIII.- MEDIDAS APLICABLES EN CASO CONTINGENCIA POR PM10

En el caso de contingencia ambiental atmosférica por PM10 en cualquiera de sus fases, se suspenderán adicionalmente las siguientes:

- Se realizará la detención de vehículos de transporte de materiales de construcción, abiertos sin lona de cobertura y/o que derramen materiales, hasta en tanto la carga sea cubierta.
- Cuando los valores del índice de activación de contingencia ambiental por PM10 se presenten en una sola zona (contingencia regional), el parque vehicular quedará exento de las medidas descritas.
- Cuando los valores del índice de activación de contingencia ambiental por PM10 se presenten en dos o más zonas, se declarará contingencia ambiental por PM10 en la Fase que corresponda y las medidas descritas deberán ser aplicadas.
- Actividades de construcción, demolición y movimiento de tierras en obras mayores de 5,000 m2 de superficie, quedan exentos los que cuenten con medidas de mitigación de emisiones fugitivas de polvo.
- Actividades de explotación de bancos de materiales, ubicados en la zona afectada por la contingencia regional o general, que no cuenten con barreras rompevientos.
- Actividades de movimiento de materiales generadores de partículas en comercios de materiales de construcción con capacidad de almacenamiento de más de 50 toneladas a cielo abierto (arena, gravas, arcillas, etc.) ubicados en la zona en la que se registró el mayor índice de PM10.
- Actividades de barrido y corte de pasto en áreas de camellones, jardines y campos deportivos ubicados en la zona en la que se declaró la contingencia regional o general.
- Actividades comerciales de preparación de alimentos que utilicen como combustible carbón o leña, si no cuentan con equipo de control.
- Las dependencias y entidades de la administración pública local y en su caso, en coordinación con las autoridades federales, suspenderán las actividades de bacheo, pintado y pavimentación, las obras y actividades que obstruyan o dificulten el tránsito de vehículos.
- Las autoridades competentes realizarán la detención de vehículos de transporte de materiales de construcción abiertos sin lona de cobertura y/o que derramen materiales que circulen en la zona afectada por la contingencia, hasta en tanto la carga sea cubierta.
- Las autoridades delegacionales deberán controlar las emisiones fugitivas de polvo originadas en las vialidades mediante el barrido húmedo de las mismas o riego preferentemente con agua tratada.
- Las dependencias y entidades de la administración pública local, deberán intensificar la vigilancia para evitar incendios en áreas boscosas, agrícolas y urbanas y reforzar el combate de incendios activos.
- Se intensificará la vigilancia para evitar la quema de cualquier tipo de material o residuo sólido o líquido a cielo abierto, incluyendo las quemas realizadas para adiestramiento y capacitación de personal encargado del combate de incendios, así como las quemas agrícolas y fogatas de todo tipo.

- Se suspenderán todas las actividades de las concreteeras fijas que no cuenten con equipo de control que estén ubicadas en la Ciudad de México y se disminuirán al 50% las actividades generadoras de partículas en las concreteeras que no cuenten con equipo de control.
- Quedarán exentas las concreteeras que cuenten con equipos de control de partículas.
- Se suspenderán todas las actividades en las plantas de asfaltos fijas o móviles, que no cuenten con equipo de control.
- Las fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local que tengan procesos de combustión o actividades generadoras de PM10, a través de los propietarios, representantes legales, gerentes y operadores, quedan obligadas a reducir sus emisiones entre 30% y 40% de su línea base de emisiones, de manera inmediata a la declaratoria de la FASE I de contingencia ambiental atmosférica por PM10 y hasta las 22:00 horas del día en que se determine la suspensión de la misma.
- Las fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local a través de los propietarios, representantes legales, gerentes y operadores, que tengan procesos de combustión o actividades generadoras de PM10, y que realizaron el trámite de exención de acuerdo a los puntos 1.2, 2.2 y 3.2 de los esquemas de exención de la Tabla 5, deberán participar en el Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas, reduciendo sus emisiones de PM10, por lo menos un 30% adicional a partir de las 00:00 horas, del cuarto día de declarada la contingencia ambiental atmosférica por PM10.
- Esta reducción excepcional de emisiones se alcanzará mediante el cumplimiento de medidas establecidas en la licencia de funcionamiento (registro de emisiones a la atmósfera) expedida por la autoridad competente, de cada una de las fuentes fijas en cuestión.

TABLA 5
EXENCIONES APLICABLES EN CASO DE CONTINGENCIA AMBIENTAL POR PM10

FUENTES FIJAS QUE UTILICEN:	CONTINGENCIA POR PM10	
	EXENTAN FASE I	
GAS NATURAL Y/O GAS L.P.	1.1	Quedarán exentas de participar cuando sus emisiones de PM10 son menores a 2.5 ton/año.
	1.2	Quedarán exentas de participar durante los primeros tres días de declarada la contingencia cuando sus emisiones totales de PM10 son iguales o mayores a 2.5 ton/año en las siguientes situaciones:
	1.2.1	Cuando demuestren a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México contar con equipos de alta eficiencia en el control de partículas, aplicando programas de mantenimiento de los equipos con la calidad y periodicidad necesaria para garantizar su operación eficiente. Estos equipos y sistemas deberán operar en forma permanente reduciendo en un 30% de emisiones, respecto de su línea base de dichas emisiones.
	1.2.2	Cuando demuestren a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México una reducción de al menos 30% de emisiones en forma permanente respecto a su línea base de emisiones.
OTROS COMBUSTIBLES DIFERENTES AL GAS NATURAL Y/O GAS L.P. PERMITIDOS	2.1	Quedarán exentas de participar cuando sus emisiones de PM10 son menores a 1 ton/año,
	2.2	Quedarán exentas de participar durante los primeros tres días de declarada la contingencia cuando sus emisiones totales de PM10 son iguales o mayores a 1 ton/año, cuando demuestren a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México una reducción de al menos 30% de emisiones en forma permanente respecto a su línea base de emisiones.
QUE GENEREN PARTÍCULAS EN SUS PROCESOS PRODUCTIVO S Y NO	3.1	Quedarán exentas de participar cuando sus emisiones de PM10 son menores a 2.5 ton/año.
	3.2	Quedarán exentas de participar durante los primeros tres días de declarada la contingencia cuando sus emisiones totales de PM10 son iguales o mayores a 2.5 ton/año, cuando demuestren a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México una reducción de al menos 30% de emisiones en forma permanente respecto a su línea base de emisiones.

XV.5.- Responsabilidades de los servidores públicos.

Incurrirán en responsabilidad administrativa, y en su caso penal, de conformidad con la normatividad vigente, los servidores públicos que incumplan con las obligaciones establecidas en el presente Aviso.

XV.6.- Sanciones.

El incumplimiento del presente Aviso será sancionado en los términos establecidos en las leyes y normas aplicables en la materia.

T R A N S I T O R I O S

PRIMERO.- Para su observancia y cumplimiento, publíquese el presente Aviso en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México.

SEGUNDO.- El presente Aviso entrará en vigor el día de su publicación y dejará de surtir sus efectos jurídicos el día 01 de julio de 2016.

TERCERO.- Se suspenden todas las disposiciones contenidas en otros ordenamientos y demás que se opongan al presente Aviso durante su vigencia. Por lo que queda temporalmente sin efectos el AVISO POR EL QUE SE DA A CONOCER EL PROGRAMA PARA CONTINGENCIAS AMBIENTALES ATMOSFÉRICAS DEL DISTRITO FEDERAL, publicado en Gaceta Oficial de la Ciudad de México el día 05 de febrero de 2016 y cualquier otra disposición que contravenga el presente Aviso.

Dado en la Ciudad de México el día 05 de abril del año 2016.

A T E N T A M E N T E

(Firma)

**M. EN C. TANYA MÜLLER GARCÍA
SECRETARIA DEL MEDIO AMBIENTE**

XIV.- ACCIONES DE LA FASE II DE CONTINGENCIA AMBIENTAL

- En el caso de registrar valores para la activación de la FASE II en cualquiera de los dos contaminantes (ozono o PM10), además de las acciones señaladas en las fracciones e incisos anteriores, las autoridades del Gobierno de la Ciudad de México, en coordinación con las autoridades federales y estatales competentes, en el seno de la Comisión Ambiental de la Megalópolis, evaluarán la pertinencia de suspender actividades en oficinas públicas, así como en centros educativos, instalaciones culturales y recreativas gubernamentales (museos, parques deportivos, etc.).
- Quedan obligados a dar cumplimiento a las disposiciones de la FASE II de contingencia ambiental atmosférica por ozono, los propietarios, gerentes y operadores de todas las fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local que participan en el Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas, garantizando una reducción de las emisiones de las fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local, de por lo menos en un 60% respecto de su línea base a partir del momento de la declaratoria de la FASE II de contingencia o un 30% adicional, si participan en el esquema de exención de la FASE I, hasta el momento en que termine. Esta reducción excepcional de emisiones se alcanzará mediante el cumplimiento de medidas establecidas en la licencia de funcionamiento expedida por la autoridad competente, de cada una de las fuentes fijas en cuestión.
- Todas las fuentes fijas con operaciones o procesos que técnicamente no sea necesaria su operación continua, deberán reprogramar sus operaciones o procesos hasta que sea declarada la terminación de la contingencia ambiental atmosférica.
- Se aplicarán todas aquellas medidas que las autoridades del Gobierno de la Ciudad de México, en coordinación con las autoridades federales y estatales competentes, en el seno de la Comisión Ambiental de la Megalópolis, estimen necesarias para garantizar la salud, bienestar, desarrollo y seguridad de la población.

XV.- DISPOSICIONES GENERALES.

XV.1 De la Coordinación Megalopolitana.

Para la mayor eficacia de este Programa, la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México se coordinará con la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Estado de México y con las Secretarías de Salud y de Medio Ambiente y Recursos Naturales del Gobierno Federal, en el seno de la Comisión Ambiental de la Megalópolis, para la determinación y aplicación de las medidas que les correspondan en el ámbito de sus respectivas atribuciones, en los términos de las disposiciones jurídicas vigentes aplicables.

XV.2 Información al público.

La Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México, dará seguimiento al presente Programa e informará a la población sobre las condiciones ambientales prevalecientes y las recomendaciones para minimizar la exposición a altas concentraciones de contaminantes, con el objeto de prevenir riesgos a la salud.

XV.3 Disposiciones aplicables a las fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local.

- Para poder acceder a los esquemas de exención descritos, en las Tablas 4 y 5, es requisito indispensable que las fuentes fijas de la industria de jurisdicción federal y local demuestren el cumplimiento integral de la normatividad ambiental vigente en materia de emisiones atmosféricas.
- La evaluación de la situación de cada fuente fija de la industria de jurisdicción federal y local, se realizará de manera individual, para lo cual, la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de México revisará y validará el inventario de emisiones presentado por cada una de ellas.
- Toda fuente fija de la industria que se instale en la Ciudad de México, quedará sujeta al cumplimiento de los criterios establecidos en el presente Aviso.

XV.4.-Inspección y vigilancia.

Las autoridades competentes reforzarán las actividades de inspección y vigilancia del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el presente Programa.

Anexo 4



GOBIERNO DEL
ESTADO DE MÉXICO

Periódico Oficial

Gaceta del Gobierno

Gobierno del Estado Libre y Soberano de México

REGISTRO DGC NÚM. 001 1021 CARACTERÍSTICAS 113282801

Director: Lic. Aarón Navas Alvarez
legislacion.edomex.gob.mx

Mariano Matamoros Sur núm. 308 C.P. 50130

A: 202/3/001/02

Fecha: Toluca de Lerdo, Méx., lunes 4 de abril de 2016

“2016. Año del Centenario de la Instalación del Congreso Constituyente”

Sumario

SECRETARÍA DEL MEDIO AMBIENTE

ACUERDO ÚNICO POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS MEDIDAS TEMPORALES PARA LIMITAR LA CIRCULACIÓN DE LOS VEHÍCULOS AUTOMOTORES EN LOS MUNICIPIOS CONURBADOS DEL ESTADO DE MÉXICO DE LA ZONA METROPOLITANA DEL VALLE DE MÉXICO (ZMVM) (HOY NO CIRCULA) PARA CONTROLAR Y REDUCIR LA CONTAMINACIÓN Y ATMOSFÉRICA Y CONTINGENCIAS AMBIENTALES ATMOSFÉRICAS.

Tomo CCI
Número

58

SECCIÓN CUARTA

Número de ejemplares impresos: 400

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO

SECRETARÍA DEL MEDIO AMBIENTE



Dr. Miguel Ángel Contreras Nieto, Secretario del Medio Ambiente del Estado de México, con fundamento en los artículos 18 párrafo cuarto, 78 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México; 7 fracciones I, II, III, XIII y XX, y 112 fracciones V, VII, X y XII y 113 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; 15 y 19 fracción XVII, 32 Bis fracciones I, III, VII, XXV y XXVI de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México; 1.1 fracción I, 1.2 fracción I, 1.5, 1.6 fracciones I, IX y XII, 2.8 fracciones I, II, XI, XXI y XXVIII, 2.140, 2.141, 2.142 fracciones I y II, 2.143, 2.146 fracciones I y III, 2.147 fracciones I, II y III, 2.149 fracciones VIII, XII y XIV del Código para la Biodiversidad del Estado de México; 1, 4 fracciones I, VI, XII, XIII, XIV, XXII, XXIII, XXIV, XXV y XXXIII, 251 fracción I, y 252 del Reglamento del Libro Segundo del Código para la Biodiversidad del Estado de México; 1, 2, 6 fracciones IV, XV y XXVII del Reglamento Interior de la Secretaría del Medio Ambiente; y

CONSIDERANDO

Que de acuerdo con los artículos 25 numeral 1 y 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar.

Que de conformidad con el artículo 18 párrafos segundo y cuarto de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar; lo que revela la importancia que tiene el Estado de asegurar un medio ambiente sano, objetivo que podrá alcanzarse con el esfuerzo conjunto de la sociedad. De este mandato se aprecian dos dimensiones: la primera, como un derecho de las personas a un ambiente sano y la segunda, como un mandato de acción para el Estado, quien debe establecer mecanismos eficaces para garantizar de modo efectivo tal prerrogativa.

Que el artículo 1 fracción I de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, establece como parte de su objeto "garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar".

Que la Organización Mundial de la Salud estima que la contaminación del aire es responsable del 1.4% de todas las muertes prematuras a nivel mundial y del 0.8% de la pérdida de años de vida con plena salud.

Que aunado a lo anterior, resulta necesario establecer medidas que se enfoquen en prevenir efectos negativos sobre el medio ambiente que dañen a los individuos y a la colectividad, incluso a futuras generaciones, máxime que este derecho humano constituye el contexto espacial de subsistencia para el desarrollo y disfrute de los demás derechos esenciales del hombre (vida, salud e integridad personal, entre otros).

Que en virtud de la situación preocupante consistente en el elevado nivel de gases contaminantes dentro de la atmósfera de la Zona Metropolitana del Valle de México, se considera del interés general de la sociedad proteger el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la salud, la calidad de vida y el bienestar de la población, a través de la prevención, control y minimización de la emisión de contaminantes, por lo que resulta evidente la necesidad de la implementación de las acciones que contribuyan al objetivo colectivo.

Que el Gobierno del Estado de México está facultado para determinar y aplicar las medidas de tránsito y vialidad para prevenir y controlar las emisiones contaminantes atmosféricas de las fuentes móviles y para evitar contingencias ambientales atmosféricas.

Que el 3 de octubre del 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el "Convenio de Coordinación por el que se crea la Comisión Ambiental de la Megalópolis (CAME)", como un órgano de coordinación, para llevar a cabo la planeación y ejecución de acciones en materia de protección al ambiente, de preservación y restauración del equilibrio ecológico en la zona, conformada por los órganos políticos administrativos desconcentrados del Distrito Federal, así como los municipios de los Estados de Hidalgo, México, Morelos, Puebla y Tlaxcala.

Que el día 30 de marzo de 2016, la Comisión Ambiental de la Megalópolis determinó que del 5 de abril al 30 de junio del presente año, los vehículos con holograma de verificación "00" Doble Cero, "0" Cero, "1" Uno o "2" Dos dejarán de circular el día que les corresponde de acuerdo al color de la calcomanía o terminación de placas y un sábado al mes.

Que la implementación de éste tipo de políticas y estrategias tiene como finalidad abatir el deterioro ambiental de los dieciocho municipios del Estado de México conurbados de la Zona Metropolitana del Valle de México (ZMVM), disminuir la contaminación atmosférica y proteger la salud de los habitantes de los mismos.

Por todo lo anterior, he tenido a bien emitir el presente:

ACUERDO ÚNICO POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS MEDIDAS TEMPORALES PARA LIMITAR LA CIRCULACIÓN DE LOS VEHÍCULOS AUTOMOTORES EN LOS MUNICIPIOS CONURBADOS DEL ESTADO DE MÉXICO DE LA ZONA METROPOLITANA DEL VALLE DE MÉXICO (ZMVM) (HOY NO CIRCULA) PARA CONTROLAR Y REDUCIR LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA Y CONTINGENCIAS AMBIENTALES ATMOSFÉRICAS.

1. OBJETIVO.

Establecer medidas eventuales y transitorias para prevenir, controlar y minimizar las contingencias ambientales o emergencias ecológicas, con base en el monitoreo de la contaminación ambiental proveniente de fuentes móviles, mediante la limitación de su circulación.

2. APLICACIÓN.

Las presentes medidas aplican a todos los vehículos automotores que circulen en los dieciocho municipios conurbados del Estado de México de la Zona Metropolitana del Valle de México (ZMVM), sea cual fuere el origen de las placas o matrícula del vehículo, siendo estos: Atizapán de Zaragoza, Coacalco de Berriozábal, Cuautitlán, Cuautitlán Izcalli, Chalco, Chimalhuacán, Chicoloapan, Ecatepec de Morelos, Huixquilucan, Ixtapaluca, La Paz, Naucalpan de Juárez, Nezahualcóyotl, Nicolás Romero, Tecámac, Tlalnepantla de Baz, Tultitlán y Valle de Chalco.

La aplicación de las presentes medidas corresponde a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Estado de México con la participación que corresponda a las demás autoridades competentes. En todo lo no previsto en el presente Acuerdo, se aplicarán las disposiciones contenidas en los Programas Ambientales vigentes, otras leyes, reglamentos, normas, circulares y demás ordenamientos jurídicos relacionados con la materia, por lo que los vehículos automotores deberán cumplir con la verificación vehicular correspondiente.

Los vehículos que para efectos de realizar la verificación vehicular, porten pago vigente de la multa por verificación extemporánea u oficio vigente para la ampliación al periodo de verificación emitido por la Secretaría del Medio Ambiente, deberán limitar su circulación conforme a las medidas a que se refiere al numeral 3 del presente Acuerdo.

3. MEDIDAS APLICABLES.

Se limita la circulación de los vehículos automotores, incluyendo a los vehículos con matrícula de auto antiguo o clásico, con matrícula de demostración o de traslado y los que tengan placas federales, sin considerar el holograma que porten "00" Doble Cero, "0" Cero, "1" Uno o "2" Dos, en un horario de las 05:00 a las 22:00 horas, así como un sábado al mes, de acuerdo al último dígito numérico de la placa de circulación o color del engomado, como se detalla a continuación:

DÍA	LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES
Color de engomado o terminación de placa	Amarillo (5 y 6)	Rosa (7 y 8)	Rojo (3 y 4)	Verde (1 y 2)	Azul (9 y 0) Permisos y matrículas sin números
SÁBADO DEL MES	PRIMERO	SEGUNDO	TERCERO	CUARTO	QUINTO (EN LOS CASOS QUE APLIQUE)
Color de engomado o terminación de placa	Amarillo (5 y 6)	Rosa (7 y 8)	Rojo (3 y 4)	Verde (1 y 2)	Azul (9 y 0) Permisos y matrículas sin números

Para el caso de los vehículos de procedencia extranjera, los matriculados en entidades federativas distintas al Estado de México y la Ciudad de México, así como los que porten pase turístico vigente se aplicarán las medidas referidas en el presente numeral.

4. EXENCIONES.

Se encuentran exentos todos aquellos vehículos automotores que sean destinados a prestar servicios de emergencia y de salud; vehículos eléctricos, híbridos, de energía solar; a gas natural y gas L.P. registrados ante las autoridades ambientales; transporte escolar y de personal; cortejos fúnebres y transporte de servicios funerarios; vehículos que sean destinados a transportar o sean conducidos por personas con discapacidad, siempre que cuenten con matrícula de identificación respectiva o porten el holograma o documento oficial, que para tal efecto expida la autoridad competente; transporte de residuos peligrosos; motocicletas; transporte de servicios urbanos; protección civil; seguridad pública; vigilancia ambiental rotulado y servicio público de pasajeros y turismo (vagonetas, microbuses y autobuses) con placa federal o local que cumplan con las disposiciones de verificación vehicular vigentes.

Para el caso de taxis podrán circular de las 05:00 a las 10:00 hrs., los días que tengan restricción, como ha venido operando el "Hoy No Circula" cotidianamente.

Los vehículos que transportan mercancías o productos perecederos podrán circular de 22:00 a 05:00 hrs. el día que les aplique la restricción, con base a los programas ambientales vigentes.

5. DE LOS CASOS NO PREVISTOS.

5.1. La Dirección General de Prevención y Control de la Contaminación Atmosférica está facultada para resolver los casos no previstos en el presente Acuerdo, en el ámbito de su competencia.

5.2. Para dar atención a los casos no previstos en este Acuerdo, los particulares podrán acudir a las ventanillas de atención al público de la Dirección General de Prevención y Control de la Contaminación Atmosférica, ubicada en Avenida Gustavo Baz Prada No. 2160, planta baja, Col. La Loma, C.P. 54060, Tlalnepantla de Baz, Estado de México y Avenida Urawa No. 100, Col. Izcalli IPIEM, C.P. 50150, Toluca, Estado de México, en un horario de 9:00 a 13:00 horas.

6. VIGENCIA.

El presente Acuerdo entrará en vigor a partir del día siguiente de su publicación y dejará de surtir sus efectos jurídicos el día 01 de julio de 2016.

7. SUSPENSIÓN DE OTRAS DISPOSICIONES.

Se suspenden todas las disposiciones contenidas en otros ordenamientos, únicamente respecto a la restricción de la circulación de los vehículos automotores y demás que se opongan al presente Acuerdo.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- Publíquese el presente Acuerdo en el Periódico Oficial "Gaceta del Gobierno".

SEGUNDO.- Si durante el periodo de vigencia de este acuerdo, los modelos meteorológicos pronostican que la temporada de lluvias iniciará antes de lo previsto, se valorará en el seno de la CAME la posibilidad de suspender las medidas aquí establecidas.

Así lo acordó y firma el Dr. Miguel Ángel Contreras Nieto, Secretario del Medio Ambiente del Gobierno del Estado de México, el día 1° de abril del año dos mil dieciséis.

DR. MIGUEL ÁNGEL CONTRERAS NIETO
SECRETARIO DEL MEDIO AMBIENTE
(RÚBRICA).

Anexo 5

Otros elementos del proyecto

- **Metodología**

A la presente investigación se aplicaron, el método lógico-deductivo, haciendo análisis de principios generales y de normas jurídicas, para inferir conclusiones particulares relacionadas con la aplicación de la jurisprudencia.

El método inductivo con el que se consideraron las problemáticas derivadas de fenómenos particulares, que posteriormente permitieron llegar a principios generales que permitieron estructurar la propuesta final de la investigación.

El método histórico, el cual se utilizó para el estudio del pensamiento y de las instituciones jurídicas con el fin de demostrar una evolución en el derecho.

El método analítico el cual permitió, observar a partir de la experiencia normativa la importancia de la jurisprudencia para la solución de conflictos y así estructurar conclusiones al final de la investigación

El método comparativo cuyo principal fue contrastar las familias, escuelas e ideologías jurídicas que constituyen al derecho con el fin de contribuir a la hipótesis del presente proyecto y posteriormente también a las conclusiones.

- **Planteamiento del Problema**

A partir de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, se han introducido en el orden jurídico nacional diversos principios en los que la función jurisdiccional del Estado ha cobrado una eminente importancia. Los jueces y tribunales interpretarán las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con el ordenamiento jurídico interno y el internacional, con el fin de procurar la protección más amplia de los derechos de las personas; no obstante, esto ha ocasionado diversas problemáticas entorno a la importancia de la jurisprudencia lo que provoca que la tradición jurídica del país se acerque más a la tradición jurídica anglosajona basada principalmente en la aplicación del

precedente, lo que a vez produce una pugna ideológica entre el formalismo y el escepticismo jurídico en México.

- **Justificación del Proyecto**

Esta investigación encuentra su justificación en la importancia que actualmente tiene la jurisprudencia. Su excesiva aplicación representa un cambio de paradigma para el sistema jurídico mexicano, en el que el objetivo principal es la salvaguarda de los derechos fundamentales, sin embargo, detrás del nuevo paradigma jurídico se halla un debate generado dentro del seno de la Teoría General del Derecho, el que a su vez produce una transformación a la tradición legal, una difuminación en la jerarquía de las fuentes jurídicas y una confusión respecto del alcance y protección de derechos fundamentales por parte del operador jurídico. Este proyecto procuró evidenciar el debate suscitado entre el formalismo y el escepticismo jurídico, a partir de examinar los efectos del empleo constante de la jurisprudencia.

- **Objetivo general:**

Analizar el debate suscitado entre el formalismo y el escepticismo jurídico en relación a la constante aplicación de la jurisprudencia para la solución de conflictos no previstos en el ordenamiento jurídico mexicano.

- **Objetivos Específicos**

Capítulo I. Definir los conceptos teóricos fundamentales de la investigación a partir del Estado y sus funciones, la División de Poderes, concepto de derecho, las problemáticas entorno al contenido formal y material del derecho, entre otros.

Capítulo II. Distinguir entre tradición, familia y sistema jurídico, de forma específica estudiar la tradición jurídica romano-canónica, la justicia y examinar el formalismo jurídico a partir del artículo 222 Código Federal de Procedimientos Civiles y del artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Capítulo III. Estudiar la tradición jurídica *Common law*, el activismo judicial, así como el escepticismo jurídico en relación con el artículo 38 de la Ley de Amparo.

Capítulo IV. Examinar dos casos reales que permitan evidenciar la importancia y trascendencia de la aplicación de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico mexicano así como en la filosofía y teoría del derecho.

Capítulo V. Confrontar las distintas problemáticas analizadas con los principios teóricos y normativos, a fin de estructurar las propuestas necesarias al problema y así arribar a las conclusiones.

- **Hipótesis**

Se aplica la jurisprudencia como posible solución a problemas en nuestro país, sin embargo, su constante empleo va alejándose de la tradición jurídica romano-canónica, lo que provoca un conflicto ideológico entre formalismo y escepticismo jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 6ª ed., México, Fontamara, 2014.
- Alexy, Robert, Bastida, Francisco José, y otros, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª Ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Aristóteles, *Política*, trad. de Manuela García Valdés, Madrid, Gredos, 1988.
- *Retórica*, trad. de Quintín Racionero , Madrid, Gredos, 1999.
- Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.
- Barak, Aharon, *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations, Unite States of America*, Cambridge University Press, 2012.
- Purposive Interpretation in Law*, Unite States of America, Cambridge University Press, 2005.
- Barrio, Gutiérrez, José (Trad.), *Critias. Fragmentos y Testimonios*, Red. Aguilar, Buenos Aires, 1966.
- Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2015.
- *El problema del positivismo jurídico*, 5a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 1997.
- *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1987.
- Carcattera, Gaetano, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli editore, 2012.
- *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Torino, 2007.
- Dummett, Michael, *La verdad y otros enigmas*, trad. de Alfredo Herrera Patiño, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.

- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Martha Guastavino, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- Fassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho. Antigüedad y Edad Media*, 3a. ed., trad. de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Ediciones Pirámide, 1982.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón y otros, Madrid, Trotta, 2011.
- Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003.
- Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3a ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- *Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill*, Oxford, 1982.
- Hegel, G. F. W., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, 5a. ed., trad. de Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires, Claridad S. A., 1968.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 2009.
- Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 3a. ed., trad. de Joaquín Xirau, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Kahler, Erich, *Historia universal del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, 1988.

----- *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1982.

Márai, Sándor, *Divorcio en Buda*, 2 a ed., trad. de Judit Xantus Szarvas, Barcelona, Salamandra, 2013
Schmitt, Carl, *El concepto de lo Político*, Madrid, Alianza, 2009.

Merryman, John, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, 3ª. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, Biblioteca de derecho y ciencias sociales, 1906.

Platón, *República*, trad. de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1988.

Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2011.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

Salazar Ugarte, Pedro, *Garantismo Espurio*, México, Fontamara, 2011.

Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural. tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

Santiago Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

Strauss, Leo, *Derecho natural e historia*, trad. de Luciano Nasetto, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2014.

Villoro, Luis, *Crear, saber, conocer*, 8ª ed., México, Siglo XXI, 2008.

Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, USA, Cambridge University Press, 2016.

Weber, Max, *Economy and Society*, New York, Bedminster, 1968.

HEMEROGRAFÍA

Aldo, "L'eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una réplica a Salvatore Amato", *Diritto & Questioni Pubbliche*, Italia, núm. 8, 2008, p. 20.

Barberis, Mauro, *El realismo jurídico europeo-continental*, Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, (versión electrónica), Vol. I, México, IIJ-UNAM, 2015.

Ferrajoli, Luigi, "Garantías", *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002, p. 39.

Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, University of Toronto Law School, Typographical Society, September 21, 2011, p. 5.

Leiter, Brian, *Realismo jurídico estadounidense*. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, (versión electrónica), Vol. I, México, IIJ-UNAM, 2015, p. 249.

Massini Correas, Carlos, "Iusnaturalismo e interpretación jurídica", *Díkaion*, Colombia, año 24 - VOL. 19, núm. 2 - 399-425 - Chía, diciembre 2010, pp. 407-408.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Novena Época, Registro: 183029, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, Octubre de 2003, Materia Común, Tesis: IX.1o.71 K, p. 1039.

Novena Época, Registro: 190008, Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIII, Abril de 2001, Común, Tesis: P. /J. 44/2001, p. 75.

Novena Época, Registro: 177342, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXII, Septiembre de 2005, Materia Común, Tesis: I.4o.A.59 K, p. 1431.

Novena Época, Registro: 195706, Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VIII, Agosto de 1998, Administrativa, Común, Tesis: I.1o.A. J/9, p. 764.

Novena Época, Registro: 187434, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Marzo de 2002, Materia Común, Tesis: I.9o.A.4 K, p. 1423.

Novena Época, Registro: 188508, Pleno, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001, Constitucional, Tesis: P. /J. 123/2001, p. 16.

Novena Época, Registro: 162299, Primera Sala, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Abril de 2011, Constitucional, Tesis: 1a. /J. 78/2010, p. 285.

Décima Época, Registro: 2013156, Primera Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Constitucional, 1a. CCLXIII/2016 (10a.), p. 915.

Décima Época, Registro: 2011691, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 30, Mayo de 2016, Tomo IV, Materia Administrativa, Tesis: IV.1o.A.42 A (10a.), p. 2944.

Décima Época, Registro: 2010621, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 161/2015 (10a.), p. 277.

Décima Época, Registro: 2010276, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 135/2015 (10a.), p. 1742.

Décima Época, Registro: 2010277, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 134/2015 (10a.), p.1743.

Décima Época, Registro: 2010275, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 132/2015 (10a.), p. 1740.

Décima Época, Registro: 2010278, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Constitucional, Tesis: 2a. /J. 140/2015 (10a.), p. 1745.

Décima Época, Registro: 2008375, Plenos de Circuito, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, Común, Tesis: PC. IV. A. J/10 A (10a.), p. 2106.

Décima Época, Registro: 2013136, Primera Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Constitucional, Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.) p. 894.

Novena Época, Registro 1011613, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Septiembre 2011, Tomo I. Constitucional, SCJN Décima Cuarta Sección - Seguridad jurídica, Constitucional, Tesis: 321, p. 1310.

Décima Época, Registro: 2012419, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 26 de agosto de 2016 10:34 h, Materia (Constitucional), Tesis: I.4o.C.3 K (10a.).

Contradicción de Tesis 88/2015.

Décima Época, Registro: 2010225, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Materia Común, Tesis: 2a. /J. 125/2015 (10a.), p. 2031.

NORMAS JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución de los Estados Unidos de América.

Código Federal de Procedimientos Civiles

Código Fiscal de la Federación

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

<https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/12/30/separacion-de-los-poderes-o-division-del-poder-de-riccardo-guastini/>

http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/ifsp_conceptosjuridicosfundamentales-1.pdf

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art1.pdf>

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r20205.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2108/31.pdf>

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003

http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-profesor-hart-y-la-filosofia-analitica-del-derecho.pdf

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf>

<http://enriquedussel.com/txt/Cursos/14-tesis-Tesis14.pdf>

<http://dle.rae.es/?id=Ku9K9F3>

<https://es.scribd.com/doc/122793204/Hans-Kelsen-Que-Es-La-Justicia-pdf>

<http://dle.rae.es/?id=WEQ4NP1>

<http://200.33.14.21:83/20121122062955-12857.pdf>

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7D1E0DB94ADCD6C605257E7500689077/\\$FILE/PAIP_JusticiaRestaurativa-Recopilaci%C3%B3nTextosInternacionales.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7D1E0DB94ADCD6C605257E7500689077/$FILE/PAIP_JusticiaRestaurativa-Recopilaci%C3%B3nTextosInternacionales.pdf)

<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD35807720.pdf>

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200006#n21

http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales__ponderaci_n_y_racionalidad._Rober_Alexy.pdf

<http://www.uv.es/cefd/5/tamayo.html>

<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexysoderocastellano.pdf>

<http://www.aire.df.gob.mx/default.php?ref=Y2k=>

<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp?TipoAsunto=1&TipoProcedimiento=979&Expediente=667%2F2016&Buscar=Buscar&Circuito=1&CircuitoName=PRIMER+CIRCUITO&Organismo=731&OrgName=Juzgado+D%20E9cimo+Segundo+de+Distrito+en+Materia+Administrativa+en+la+Ciudad+de+M%E9xico&TipoOrganismo=0&Accion=1>

https://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/90/becarios_090.pdf

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci__n_un_analisis.pdf

<http://www.garciamado.es/2014/07/positivismo-juridico-por-juan-garcia-amado/>

<http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/conferencia20120620.pdf>