

Leg. 492

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DONADA POR

D. G. B. - UNAM

LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ROGELIO PAREDES PEREZ

MEXICO, D. F.

1981



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.

P R O L O G O

En el comienzo de cualquier trabajo sobre el derecho resalta a quien lo hace, la importante función que esta ciencia viene a cumplir en el desenvolvimiento de la sociedad, y aunado a las cuestiones interesantes que en su estudio surgen, produce un particular interés en su conocimiento. En la presente tesis se intenta desentrañar una figura jurídica que al decir de diversos juristas no se ha explicado satisfactoriamente, por lo cual he puesto un especial esfuerzo por encontrar los medios que nos sirvan para conocer la figura de la retroactividad de la ley, la forma en que se manifiesta y la manera en que se contempla dentro de nuestro derecho positivo mexicano, y cuyo resultado se contiene en el presente trabajo.

Capítulo Primero

LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA RETROACTIVIDAD

1.- INTRODUCCION

2.- ANALISIS GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO

A .- El positivismo jurídico

B .- El iusnaturalismo

3.- LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

A .- Concepto

4.- CLASIFICACION DE LAS FUENTES FORMALES

a).- La ley

b).- El proceso Legislativo

c).- La jurisprudencia

e).- La costumbre

LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA RETROACTIVIDAD

I.- INTRODUCCION

En el análisis que inicio de la retroactividad, considero que resulta indispensable, y quizás obligado, referirme primeramente a las fuentes del derecho, antes de tratar específicamente - la forma en que una norma jurídica se aplica de manera retroactiva y en qué consiste esta figura jurídica, para de esta manera poder afirmar o negar si la retroactividad se presenta en forma exclusiva en una de las más importantes manifestaciones del derecho, por no decir la principal, como lo es la ley en su doble aspecto, el formal y el material, o por lo contrario, comprende también a la jurisprudencia, no como ciencia del derecho, sino como resultado de una actividad específica del órgano jurisdiccional, igualmente, si se puede dar la retroactividad en la costumbre. Es importante - el estudio de las fuentes del derecho porque en la explicación y - concepto que se dé en torno a la retroactividad, en mucho tiene que ver, introducir dentro de este tema, las corrientes doctrinales del pensamiento jurídico sobre la esencia del derecho, destacándose -- principalmente el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, ya que la opinión que se vierta sobre la esencia de la retroactividad, dependerá radicalmente de si se vé a la luz de una o de otra corriente, de ahí que en el siguiente punto, que corresponde a las fuentes del derecho, expóngame de manera general los caracteres de una y otra posición, para que finalmente adoptar una de las dos corrientes, y dentro de ella, pasar a referirme concretamente al problema de la retroactividad.

2.- ANALISIS GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Originalmente la noción del término "fuente" se daba a un manantial que brota de la tierra, y que acualmente se conserva, pero posteriormente fué adoptado por la terminología jurídica para referir el lugar de donde brota lo jurídico, con lo cual, a manera de metáfora se utiliza adecuadamente en el terreno jurídico

para señalar de manera similar, el significado que en su forma --
prístina indica.

Cuando el Estado, por medio de sus órganos, le notifica a un particular un crédito fiscal a su cargo, dicho acto constituye una resolución administrativa, de la cual se preguntará el --
particular su validéz, es decir, de donde deriva dicho acto admi--
nistrativo. Seguramente la fuente de este acto se encuentre en un--
reglamento que regula más concretamente una ley tributaria; y res--
pecto a la fuente de ésta última encontraremos a la Constitución,-
y en cuanto a la legitimidad jurídica de esta, formalmente ya no -
existe ningún otro fundamento, en virtud de su supremacía, por lo-
que en tal consideración, la Ley Fundamental viene a constituir la
fuente originaria de la resolución administrativa que le exige el-
pago de un impuesto al particular. En el ejemplo precedente, presuponemos la legalidad formal de la resolución administrativa, al --
existir conformidad entre ésta y la Ley Fundamental, sin embargo,-
puede suceder que el impuesto que se le requiere al particular sea
intrínsecamente injusto, no obstante de su validéz formal, como su
cedería en el caso de que el hecho generador del impuesto fuera el
respirar, y aunado esto a la situación paupérrima en que vive el -
grueso de la sociedad, se aceptará que es contrario a una sana política
tributaria, por ende, injusto en sentido material el citado -
crédito. En este caso, el particular se preguntará por la fuente -
material del acto administrativo que lo constriñe a pagar un crédito
que siente que es injusto, no obstante de que está apegado a derecho.
A esta pregunta el jurista dogmático contestará que el hecho
de que el particular considere que el contenido de la norma individualizada
es injusto, no obsta para no cumplir con ella, agregando que el afectado
debe de pagar el crédito que se le determina, y que de negarse a su
cumplimiento, se debe hacer uso de los medios que señala el derecho
para hacer efectivo el pago, como lo es el -
procedimiento económico coactivo, el cual es, desde luego, en contra
de la voluntad del particular.

Por otro lado, el filósofo del derecho contestará que el particular debe abstenerse de hacer el pago que se le exige, argumentando que la norma individualizada no constituye parte del derecho, ya que en su cumplimiento se genera una situación de injusticia, y por lo tanto, no es derecho.

Del ejemplo precedente, se desprende que al tratar el tema de las fuentes del derecho, es menester aludir a dos corrientes del pensamiento jurídico, a saber, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, ya que la idea que se exprese de las fuentes del derecho, dependerá en gran medida de la posición que se siga en relación a estas dos tendencias. Por tal motivo, a continuación voy a exponer de manera general, los caracteres que determinan a una y a otra corriente, indicando las similitudes que existen entre ambas, para finalmente emitir las razones que nos orillen a seguir una de las dos posiciones al hablar de las fuentes del derecho.

A.- EL POSITIVISMO JURIDICO

El positivismo jurídico trata de la concepción doctrinal que considera al derecho como único, esto es, que solamente existe un derecho, el vigente, rechazando la idea de que exista un derecho "ideal", derivado de la razón, de la naturaleza o, fundamentalmente, de origen Divino, no obstante que el derecho natural, como también se le conoce, pretenda entre sus fines la justicia, la moral, la razón, etc., ya que estos fines resultan difíciles de verificar, a diferencia del derecho positivo, que precisamente una de sus características es la de ser verificable, aunado a principios como el de la coactividad, que le sirve al Estado como sistema jurídico para imponerse imperativamente, por medio de la fuerza, el principio de la integridad, que excluye toda posibilidad de que en el derecho existan lagunas jurídicas, y como consecuencia lógica de este principio, el de la coherencia, que postula la conformidad de todo el sistema jurídico, eliminando la posible situación de que existan contradicciones entre una norma y otra.

Se le agrega otro principio más al positivismo jurídico, no menos importante, la estatalidad del derecho, que destaca la capacidad con que cuenta el Estado para imponer y aplicar sanciones,

la facultad de formular el derecho que riga a la sociedad, debiendo siempre aplicar éste derecho sus órganos, lo cual presupone la existencia de otra característica del positivismo jurídico, a saber, la de que el derecho regula su propia creación.

El derecho es "puesto" por el Estado, y este derecho es el que los tribunales van a aplicar invariablemente, haciendo abstracción a cuestiones valorativas, o axiológicas, no obstante de que - en ciertos casos consideren que se está generando una situación de injusticia con la aplicación de una norma jurídica. Por este motivo, se le considera al positivismo jurídico como una forma que crea, mantiene y fomenta el totalitarismo de ciertos Estados, ya que para el positivismo lo más importante es la absoluta pretensión de validéz del derecho, dejando a un lado la tesis Kantiana que postula el respeto a la ley como única razón para cumplir con la norma jurídica.

En apoyo del positivismo jurídico, en relación a la objeción que se le hace en el sentido de que no cumple con fines de justicia, sino que por lo contrario, crea una situación de totalitarismo, en donde queda relegado a último término la libertad individual, se argumenta que el positivismo jurídico logra fines importantes como la seguridad jurídica, el orden, la justicia legal, etc., entendida la justicia legal que logra el positivismo jurídico, como el invariable cumplimiento de la ley en todos los casos, independientemente de las personas y las cosas, ya que sería injusto que en unos casos se aplicase la ley, y que en otros, por razones de amistad, parentesco ú otros intereses, se deje de aplicar la misma disposición legal. Pero en este caso, lo que los positivistas llaman como justicia, no es otra cosa que la eficacia del derecho, y la eficacia no encierra la justicia, de ahí que resulte falsa la idea de justicia de que hablan los sostenedores del positivismo, además de que, es contrario a la esencia y característica del derecho, consistente en que a toda realización de un supuesto jurídico debe cumplirse con los deberes que señala el supuesto, sin que el cumplimiento sea indefectible, porque si así fuera, dejaría de ser una norma jurídica para pasar a formar parte de una ley de la naturaleza, al concretarse a explicar y no a prescribir una conducta humana.

Para la validéz del orden jurídico, dentro del positivismo jurídico, sólo se requiere que exista conformidad de las normas jurídicas secundarias con las que determinan su forma de creación, - es decir, que se cumpla con la formalidad de todo el sistema jurídico. De esta suerte se le atribuye al positivismo jurídico una calidad más, que llega a usarse en forma indistinta para referir esta corriente doctrinal, y que és el formalismo jurídico.

El formalismo jurídico es concebido en diversas maneras, -- sin que se excluyan unas a otras, más bien, se complementan entre sí. Así se habla de la teoría formal del derecho, en la cual se destaca fundamentalmente la "forma", entendiéndose por forma en igual sentido que en el común, y en esta consideración es jurídico aquél hecho al cual una norma jurídica le vincula determinadas consecuencias de derecho, requiriéndose únicamente que se encuentre dentro de la forma jurídica. Este aspecto de la forma del derecho, precisa los elementos que son constantes en cada norma, en cuanto a su estructura o forma, haciendo abstracción del contenido.

Por otro lado, se le atribuye al positivismo jurídico una determinada interpretación, a la cual se le llama interpretación -- formal del derecho, y que consiste en una interpretación fría del derecho, desprovista de cuestiones axiológicas en la que el juzgador únicamente se concreta a declarar el derecho, sin que esté facultado para constituir el derecho, es decir, el juzgador se concreta a ver si en el caso que se le presenta a resolución se dan los supuestos de la norma jurídica aplicable, para que en tal caso se determinen las consecuencias jurídicas que el mismo supuesto dispone, sin que pueda el juzgador cambiar las consecuencias jurídicas por otras que considere más apegadas a la justicia.

Destaca también por su importancia, como característica del positivismo jurídico, la vigencia del sistema jurídico, entendiéndose por vigencia de las normas jurídicas, aquella que deriva al cumplir la norma con lo que exigen las fuentes formales del derecho, cumpliéndose los requisitos y siguiendo los procedimientos que éstas señalan, cuando dichas normas jurídicas no han sido derogadas o suplidas por otras posteriores, porque en caso contrario, habrán dejado de tener validéz. Tanto la validéz como la vigencia, son de ca

rácter eminentemente extrínseco, no toman en cuenta el aspecto axio-
lógico, sino que se concretan a determinar cuándo se debe afirmar -
que existe conformidad de las normas individualizadas con las genera-
les o primarias del sistema jurídico.

En relación a lo anterior, el maestro García Maynez dice:
(I) "...para que una norma pueda declararse aplicable a los hechos
que regula, no basta, por ende, que proceda de las fuentes forma-
les, sino que es preciso examinar su contenido, a fin de establecer
si es compatible con el de los preceptos de rango superior. Es en-
tonces cuando debe hablarse de validez material en sentido jurídi-
co-positivo. Pero esta última tiene, también, carácter extrínseco,
puesto que no depende de la justicia intrínseca del precepto cuya-
validez se discute, sino de la forma de creación del mismo y de su
compatibilidad con tales o cuales normas de mayor altura. La vali-
dez, en sentido jurídico-positivo, es extrínseca siempre; pero unas
veces depende de ciertos requisitos del proceso de creación, y o-
tras exige, además, que el contenido del precepto cuya fuerza obli-
gatoria se estudia, no se oponga al de otros de jerarquía superior.
En la primera hipótesis cabe hablar de validez formal; en la segun-
da, de validez material, ambas en sentido jurídico-positivo. Pero-
en los dos casos se trata de requisitos condicionantes de la vigen-
cia... Sólo que la validez material, en el sentido indicado es ex-
trínseca en todo caso, y debe distinguirse de la intrínseca u obje-
tiva en sentido axiológico..."

El derecho, dice el positivismo jurídico, deriva su exis-
tencia del poder soberano del Estado, por medio de sus órganos que
para tal efecto constituye, rechazando cualquier otra forma que pre-
tenda tal carácter y que no provenga de los citados órganos estata-
les. Lo que sí es dable, es que las demás manifestaciones como la-
jurisprudencia y la costumbre, los principios generales del derecho
puedan tener aplicación práctica, cuando expresamente lo autoriza-
la propia norma jurídica.

I.- García Maynez, E. *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y
Iusnaturalismo.* p. 41

Posteriormente volveré a referirme al positivismo jurídico, - para señalar en forma precisa sus características, haciendo una comparación con los del iusnaturalismo, para finalmente adoptar -- una de las dos posiciones. Ahora voy a referirme a la otra corriente del pensamiento jurídico, que también tiene una gran influencia en la exposición de las fuentes del derecho.

B.- EL IUSNATURALISMO

La principal característica que sobresale del iusnaturalismo consiste en que el derecho es aquel que vale por si mismo, intrínsecamente, sin que sea necesario su reconocimiento por el derecho positivo, ya que debe prevalecer sobre éste, en atención a los fines y valores que lo conforman, como lo son el bien común, la moral, la justicia, etc, negándole el carácter de derecho al llamado derecho positivo, cuando no contenga dentro de sus normas los valores señalados. De acuerdo con el iusnaturalismo, el juzgador debe abstenerse de aplicar el llamado derecho positivo cuando con su aplicación se esté generando una situación de injusticia, resolviendo en el caso concreto en tal forma que se aniquile la situación de injusticia, cuando ésta ya existe, o no dar margen a ella, cuando al aplicar el derecho positivo se provoque dicha situación.

No obstante que el iusnaturalismo le niega todo carácter de derecho al positivo, aquél presupone que éste no está contenido -- por un sentido axiológico, sino que parte fundamentalmente de que es puesto para ser aplicado invariablemente, en forma estricta, de tal suerte que al existir una situación en la que al aplicarse el derecho positivo se va a crear una situación injusta, debe preferirse este resultado al de la injusticia legal que resulta de que se aplique una norma jurídica en un caso y en otro se deje de aplicar, por este motivo el iusnaturalismo señala que el derecho positivo lo debe de tener como guía de superación.

Indistintamente se usa el término derecho natural para referirse al iusnaturalismo, entendiéndose por derecho natural el que -- está de acuerdo con la naturaleza, aquello que existe de manera independiente a la mano del hombre, y que tiene un origen en Dios, en el que se manifiesta la justicia del Creador. Dice Platón en el Eu-

tifrón; (2) ¿ lo justo es justo porque Dios lo quiere, o Dios quiere lo justo porque es justo ?, respondiéndose: "Lo justo place a -- Dios porque es justo, pero no es lo justo porque place a Dios".

El derecho natural objeta al derecho positivo por su variabilidad, su mutabilidad, ya que existen tantos derechos positivos como miembros existen en la comunidad internacional, y que puede ser distinto dentro de cada Estado de acuerdo con el tiempo; en cambio, la esencia del derecho natural es por definición inmutable en cuanto al tiempo y en cuanto al lugar, debido a que se compone de una serie de principios fundados en la creación Divina, en la razón y en la naturaleza de las cosas, esto es, actuar de acuerdo con la esencia, determinación y fin de las cosas.

Sucede lo mismo en el iusnaturalismo que en el positivismo, cuando se trata de precisarlos, puesto que se dan conceptos diversos de cada posición, originando que se encuentren en la literatura jurídica, una multiplicidad de sentidos respecto del positivismo jurídico, como del iusnaturalismo. Dice el positivismo jurídico que sólo es derecho el que es creado y reconocido por los órganos estatales, y que para todos ellos no hay más derecho que el estatal, el que es creado por el órgano legislativo. El formulismo jurídico es una manifestación de la corriente positivista, la cual postula que en un sistema jurídico hay una completa armonía en su complejo conjunto de normas, como consecuencia del principio de la unidad, lo que elimina toda antinomia en el sistema, evitando que se den casos de lagunas jurídicas, ya que toda acción o conducta humana tiene una ubicación dentro del sistema jurídico, y le puede corresponder cualquiera de las siguientes categorías: actos ordenados, actos prohibidos o actos potestativos.

Si bien es cierto que tanto el positivismo como el iusnaturalismo se componen cada uno de varias teorías, resultando un número igual de conceptos y características de cada una de estas corrientes, también es cierto que cada una de las citadas corrientes niegan que la opuesta sea derecho, coincidiendo en este punto tanto las teorías que refieren los caracteres de cada teoría, como cada teoría en conjunto. Así tenemos que el punto en que coinciden los diversos sentidos que se dan del derecho natural, es en su posición 2.- Citado por García Maynez, - E. p. 132.

de negación frente al positivismo jurídico, al cual no le reconocen ningún valor jurídico, por su estricto formulismo, en el que se destaca de manera preponderante el aspecto extrínseco del derecho; de igual manera, el conjunto de opiniones que constituyen el positivismo jurídico, coinciden en que el derecho natural no es precisamente eso, derecho.

Respecto de la existencia de las dos corrientes doctrinales del derecho, se ha elaborado una teoría a la cual se le denomina como "de los dos órdenes", en la que se admite que sobre el derecho positivo existe un derecho superior, el natural, al cual aspira a confundirse en su contenido el derecho positivo. En contra de esta teoría se argumenta que no puede ser posible que existan simultáneamente dos tipos de derechos que son diametralmente opuestos, porque ambos conciben de manera distinta la esencia del derecho.

No obstante lo anterior, se puede concluir que ambos derechos no se excluyen entre sí, ni tampoco se implican, y por ello, se pueden conjugar teóricamente de la siguiente manera: una norma que es válida desde el punto de vista del positivismo jurídico, por ser conforme con las fuentes formales, es igualmente válida para el iusnaturalismo al haber en dicha norma jurídica un contenido axiológico, o a la inversa, que una norma axiológicamente válida, sea también positiva conforme al formulismo jurídico, deduciéndose de aquí que quizás la esencia del derecho se encuentre en la armoniosa conjugación de ambas teorías.

Voy a destacar de manera concreta las características del positivismo jurídico, de acuerdo a lo señalado anteriormente, y también en relación a las que precisa el jurista Alfonso Noriega, y que son: (3)

I.- La ciencia jurídica debe eliminar toda especulación metafísica o trascendente y limitar el campo de su investigación al mundo de los hechos, al mundo empírico.

2.- Los hechos humanos sociales crean el derecho, y el -
3. ALFONSO NORIEGA (C.), *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, p. 11

jurista debe, ante todo ajustarse a la realidad.

3.- El fin o propósito de la regulación jurídica es la seguridad de las condiciones de la vida social, el derecho es, exclusivamente una acción de poder estatal, dirigido a ese fin.

4.- El único criterio para juzgar el valor jurídico de la norma es su conformidad -formal o material- con otra norma, y que debe ser ésta, la Constitución.

5.- El derecho positivo es el único válido y debe considerarse como derecho positivo, no tan sólo el estatuido, sino también el derecho efectivamente aplicado.

Una vez exuestas las dos principales corrientes del pensamiento jurídico, en sus aspectos generales, es el momento de tomar la inclinación hacia una de las dos, la cual servirá de base para exponer la idea sobre lo que es la retroactividad, sobre las condiciones en las que se presenta. De acuerdo a las características -- del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, la corriente que -- considero como aplicable, en relación con la retroactividad, es in dudablemente el positivismo jurídico, no obstante del reconocimiento que hago del iusnaturalismo por la bondad de los fines y propósitos que lo mueven, pero que en materia jurídica resultan inaceptables por su imprecisión y falta de verificación. Esto desde luego, no significa que se olvida la enorme influencia que tiene en el desarrollo de nuestra vida el iusnaturalismo, como ideología, -- ya que nadie soslaya que en nuestra actuación diaria existe una -- idea particular de lo que es justo, y en base a ello se realizan -- ciertos actos que algunas veces son con fines a ciego. Principalmente es de destacarse la cuestión religiosa, la idea firme de la existencia de Dios, cuya imagen y principios que se le derivan, orientan las acciones más importantes y trascendentales en la vida del hombre.

Corresponde al positivismo jurídico analizar este tema - de la retroactividad, y no al iusnaturalismo, en virtud de que esta figura jurídica se dá en la formulación y aplicación de un derecho, y que no es otro que el derecho positivo. Resulta inaplicable el estudio de la retroactividad dentro de una teoría iusnaturalista, porque en ésta, por definición, siempre se debe aplicar el derecho que resulte más justo, aún sobre la seguridad jurídica. Esta afirmación puede dar lugar a una serie de objeciones y contraobjeciones doctrinales de difícil conciliación, y con ello se confirma que la retroactividad debe ser vista únicamente a la luz de una - de las dos corrientes, no en ambas.

Algunos autores (4) dividen en términos generales al - positivismo jurídico en; positivismo analítico y en positivismo sociológico, el primero tiene como objeto de estudio a las reglas jurídicas, su interpretación y clasificación, señalando la interdependencia que existe entre ellas, dentro del marco total del sistema-jurídico positivo, así como señalar los conceptos generales de la ciencia del derecho. El positivismo sociológico analiza las fuerzas sociales que actúan como factores determinantes en la creación de - las normas jurídicas.

A la anterior clasificación que se hace del positivismo jurídico, se le conoce también como fuentes formales y fuentes reales del derecho. Las fuentes formales refieren el procedimiento -- que se ha de seguir en la creación de una norma jurídica, siendo - de tal manera determinante el que se siga dicho procedimiento que, en caso de no se dé, no se puede hablar jurídicamente de norma jurídica, y si se le pretende dar éste carácter a algo que no cumplió con el procedimiento de la fuente formal, ese algo carece de eficacia jurídica, adolece de normatividad. Ahora bien, en lo que respecta a las fuentes reales, se les identifica con el positivismo sociológico, puesto que las fuentes reales determinan el contenido de --

4.-EDGAR BODENHEIMER, *Teoría pura del Derecho*, p. 306.

las normas jurídicas, son la causa de su existencia. A la sociología del derecho compete el análisis y ponderación de todos aquellos elementos políticos, económicos, sociales, culturales o de cualquier otra naturaleza, que de una manera directa vienen a influir en la creación de una norma jurídica, y a configurar el contenido de la misma. Como los factores que constituyen las fuentes reales varían en cuanto al grado en que determinan el contenido de un Estado, en relación con otro, origina que el contenido de los diversos derechos de los miembros de la comunidad internacional sea tan variado, y en algunos casos, contrastantes. Por esta razón es aconsejable - que cuando se quiera conocer el porqué de lo dispuesto en una norma jurídica, se ponderen las condiciones sociales, culturales, económicas, políticas, que imperaban en el momento de su creación, de ahí que sea cierta la afirmación de que un sistema de derecho no es resultado del azar o del capricho, sino que por lo contrario, es el fruto de una serie de fenómenos que vienen a darle diversos caracteres a la sociedad para que se cristalicen en principios fundamentales de una nación, entendida ésta como una institución jurídica, y no en su acepción sociológica.

De lo anterior se concluye que en la existencia de una norma jurídica indefectiblemente se deben dar las dos fuentes del derecho; la real y la formal, porque sin ésta no habrá norma jurídica, podrá ser una manifestación política, económica o de la índole de que se trate, pero no tendrá normatividad, debido a que no existen normas jurídicas intrínsecas, es decir, actos humanos que tengan carácter normativo por su propia naturaleza. Igualmente, sin el contenido de la norma jurídica, resulta difícil pensar que se pueda dar una norma jurídica únicamente con revestir una forma seca, sin materia alguna.

Para efectos del presente trabajo, solamente interesan -- las fuentes formales, por lo que en tal consideración, paso a referirme al análisis de ellas, señalando las principales manifestaciones que se aceptan como fuentes formales del derecho.

3.- LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

A.- CONCEPTO

En cuanto a la terminología de fuentes formales del derecho, no hay una total uniformidad, sin embargo, sí existe una -- plena identificación de lo que se indica con esta expresión, y con ello se hace referencia a los procesos de creación de las normas -- jurídicas.

El proceso que culmina con la creación de una norma jurídica, dentro de una concepción positivista, debe estar necesariamente contenido en una norma primaria, en la que se precise la sucesión de etapas que conforman al proceso, los órganos que estarán facultados para llevar a cabo el mismo, y la función que éstos desarrollarán de manera específica. La norma que debe cumplir con esta función, debe estar contenida de manera originaria en la Ley -- Fundamental, por ser la norma superior la que regula el proceso legislativo,

Señala Kelsen (5) que la estructura de un sistema normativo, por virtud de la unidad del orden jurídico, desemboca necesariamente en una norma fundamental, de la cual se desprende un sistema normativo complejo, y no obstante la complejidad, es posible jurídicamente verificar si una norma jurídica corresponde a un sistema jurídico determinado, por medio de la conformidad material y formal que debe haber de la norma inferior con respecto a la Ley -- Fundamental. De acuerdo con el carácter dinámico que Kelsen le atribuye al orden jurídico, el derecho tiene otra virtud, la de regular su propia creación, puesto que al aplicarse una norma superior, al mismo tiempo se está creando una norma inferior, por este motivo se afirma que la norma inferior tiene su fuente formal en la norma superior, porque ésta la determina, señala las características que debe revestir, y por esta consideración es correcto afirmar que una norma individualizada tiene una gran serie de fuentes formales, atendiendo a una ordenación escalonada, en tal forma que, su fuente inmediata es menos general que la mediata o Ley Fundamental.

5.- HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, p. 325.

No obstante lo anterior, al referirme a las fuentes formales del derecho, no hice alusión a las normas superiores tanto mediatas como inmediatas de una norma jurídica, sino que, con tal expresión, estoy indicando el procedimiento jurídico que tiene como función esencial, la creación de normas jurídicas, así pues, se debe distinguir por un lado, la pirámide estructural jurídica de que habla Kelsen, en virtud de la cual se desprende que la norma inferior tiene su fuente formal en la norma superior, y por el otro, - la fuente formal consistente en el procedimiento creado específicamente para la producción de conductas jurídicamente reguladas, siendo éste el concepto que refiero con la expresión de fuentes formales del derecho.

4.- CLASIFICACION DE LAS FUENTES FORMALES

Tradicionalmente se consideran como fuentes formales del derecho a la ley, la jurisprudencia, la costumbre, sin que exista - uniformidad respecto a esta clasificación, ya que también se agregan a las anteriores fuentes, los principios generales del derecho y la doctrina.

a).- LA LEY

La palabra "ley" tiene diversas acepciones, en las ciencias naturales se utiliza para describir un hecho natural, esto es, la ley se concreta a señalar cuáles serán las consecuencias que se darán invariablemente cuando se presenten determinadas causas. En el lenguaje jurídico, con este término se hace referencia a una -- norma jurídica, al resultado de un proceso legislativo que viene a prescribir una determinada conducta de manera general, abstracta y obligatoria.

La ley puede constar por escrito, como sucede en nuestro sistema jurídico, o bien, como sucede en los países aglosajones ser de manera consuetudinaria, aunque resulta mejor aquél por la - seguridad jurídica que brinda, tanto en su conocimiento, como en - su aplicación, así como por la facilidad que brinda en su formación.

En el plano internacional, al derecho que regula las re

laciones que se dan entre los diversos Estados, se le califica de primitivo, por la ausencia de un sistema centralizado de poder, que sea capaz de legislar de manera imperativa para todos sus miembros, y de hacer cumplir las resoluciones que dicte en caso de controversias. En este campo, el derecho se reduce a los tratados que celebren los estados, y a la costumbre internacional.

En un sentido social se concibe a la legislación como el instrumento adecuado para legitimar a los movimientos revolucionarios que culminan con la estructuración social y política de una nación, en donde se contienen los principios fundamentales que motivaron y dieron fuerza al movimiento insurgente.

Dentro de la terminología jurídica se habla de ley en dos sentidos, uno material y el otro formal. En sentido material se entiende por ley la disposición que regula conductas del hombre de una manera general, abstracta, impersonal y obligatoria, señalándose estas características como fundamentales. Se habla de ley en sentido formal cuando se refiere al órgano del Estado que la emite, con esta distinción, se dice que una disposición es ley tanto formal como materialmente, cuando es emitida por el Poder Legislativo, y cuando el Poder Ejecutivo es el que lo hace, se habla de un reglamento.

Ahora bien, en un análisis técnico-jurídico no se puede considerar a la ley como una de las fuentes formales del derecho, porque de acuerdo con el concepto dado anteriormente de las fuentes formales del derecho, entendidas éstas como los procesos de creación de normas jurídicas, en el caso de la ley nos encontramos ya con el resultado de ese proceso, la ley viene a constituir parte del derecho, y por lo tanto, no se puede conceptuar como una de las fuentes formales del derecho.

b).- EL PROCESO LEGISLATIVO

Por razones de carácter didáctico, y porque así es admitido en la literatura jurídica, vamos a entender como sinónimos a la ley y al proceso legislativo, ambos en su calidad de fuentes formales del derecho.

La fuente formal del derecho representa el conjunto de etapas o instancias que se deben llevar a efecto para la creación de una norma jurídica, aclarando que este procedimiento puede ser variado en su estructura, de acuerdo a lo que el legislador disponga, esto es, en un Estado de derecho se puede adoptar como fuente formal, un procedimiento que se integre con la actuación de un sólo órgano Estatal, en el que se darán dos etapas necesariamente. v.g. en una nación en la que se adopte la monarquía como forma de gobierno, el monarca tiene también la calidad de legislador, y las leyes que dicte tendrán dos etapas, la primera consistirá en la -- confección de dicha ley, y la segunda etapa será la publicación -- que haga de la ley para que pueda ser conocida por sus súbditos. -- También puede estar formada la fuente formal del derecho por una serie de etapas en las que se les dé intervención a varios órganos del Estado, y que debido al número de instancias de que se compone el proceso, y a la diversidad de los órganos que intervienen en el mismo, resulte sumamente difícil el cumplimiento total del referido proceso, sin que esto signifique una deficiencia en la técnica-legislativa, sino que, antes bien, está previsto a priori de esta manera para que en atención a ciertas cuestiones jurídicas, resulte difícil la creación de una ley, por la materia y rango de la -- misma. v.g. el artículo 135 de nuestra Carta Magna requiere para -- reformar o adicionar a la Constitución General de la República, -- que el Congreso de la Unión acuerde la reforma o adición respectiva, con un mínimo de las dos terceras partes que lo integran para -- que posteriormente se ponga a consideración de las legislaturas de los Estados, y sólo con un número de éstas que represente mayoría, podrá ser parte integrante de la Constitución, la reforma o adición de que se trate.

Concretándonos ahora al proceso legislativo previsto en nuestro derecho positivo, el mismo se encuentra descrito en los artículos 71 y 72 de la Constitución, siendo estos preceptos la base de las fuentes formales de nuestro orden jurídico, sin que esto -- signifique que constituyan por sí mismos la fuente formal, porque aquí es necesario distinguir dos aspectos; uno que señala que la ley es tal, cuando se ha llevado a cabo una sucesión ordenada de -- actos con una finalidad jurídica específicamente determinada, la -- creación de la ley, dándoles la intervención que conforme a derecho

les corresponde a ciertos órganos estatales. Esta concatenación de actos es lo que dará como resultado la ley. El otro aspecto consiste en que los artículos que describen el proceso legislativo, representan únicamente la base jurídica de éste. En otras palabras, los artículos 71 y 72 Constitucionales señalan cuál será la fuente formal de la ley, pero no constituyen en sí mismo la fuente formal del derecho, ya que mientras no se realiza el proceso legislativo no surgirá ninguna ley, no obstante la existencia de los preceptos Constitucionales que dicen cómo debe ser aquél, por lo que se puede concluir que la realización del proceso legislativo constituye la fuente formal del derecho, y no los referidos artículos. Desde luego esta sutil distinción no trasciende a la legalidad o vigencia de la ley que resulte del proceso legislativo.

El artículo 71 Constitucional señala los órganos que tienen el derecho de iniciar leyes o decretos, debiéndose entender -- que la enumeración que hace es de carácter limitativa, es decir, -- excepto el Presidente de la República, los diputados y senadores -- al Congreso de la Unión, y las Legislaturas de los Estados Federados, nadie más tiene la facultad para iniciar la elaboración de -- una nueva ley o Decreto.

Las Legislaturas Estatales están integradas únicamente por diputados locales, a diferencia del Congreso de la Unión, que además de diputados, se integra con senadores, y la facultad que se deriva de la Constitución para iniciar la elaboración de leyes, está consagrada en favor de las legislaturas de los Estados, por lo tanto, los diputados que las integran carecen del derecho para iniciar la elaboración de leyes Federales, en lo individual, ya que solamente lo pueden hacer como cuerpo colegiado, como unidad de todos los representantes populares. En cambio, los diputados y senadores que integran el Congreso de la Unión, sí pueden en lo individual ejercer el derecho de promover la elaboración de una ley, por que expresamente les otorga este derecho la Constitución, y por lo tanto se puede apreciar una situación de inferioridad de los diputados locales, respecto con los diputados federales y senadores para iniciar leyes Federales.

No obstante la situación privilegiada que existe en favor de los diputados y senadores, con respecto a los diputados locales, por el derecho que les asiste a aquéllos para iniciar el proceso legislativo, el maestro Ignacio Burgoa hace notar una situación de inferioridad de los diputados Federales y los senadores, pero ahora en relación con el Presidente de la República y las Legislaturas de los Estados. (6)

"...los diputados y senadores se encuentran en una situación de inferioridad respecto del Presidente de la República y de las Legislaturas de los Estados, a quienes también se atribuye su desempeño conforme al invocado precepto. Esta desigualdad se manifiesta en que las iniciativas de leyes o decretos que formulen los diputados o senadores deben sujetarse a los trámites consignados en el Reglamento de Debates del Congreso de la Unión, en tanto que las que presenten el Ejecutivo Federal o las Legislaturas Locales se turnan inmediatamente a Comisión para su dictámen. Consideramos indebida semejante situación inequitativa, pues la distinción procedimental a que nos referimos debe fundarse en la importancia o trascendencia que tenga una iniciativa y no en el carácter de su actor..."

El artículo 72 de la Ley Fundamental, de una manera diáfana dispone la manera en que se llevará a cabo el proceso legislativo, indicando las variantes que se pueden presentar durante el mismo, por tal motivo, nos vamos a concretar a transcribir lo que disponen estos artículos,

"art. 71.- El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

- I.- Al Presidente de la República;
- II.- A los diputados y senadores al Congreso de la Unión;
- y
- III.- A las legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las legislaturas de los Estados o por las diputaciones

6.- IGNACIO BURGOA U., *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 786

de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presentaren los diputados o los senadores, se sujetarán a los trámites que designe el reglamento de debates."

"art. 72.- Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones:

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

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

c) El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por ésta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

Las votaciones de ley o decreto serán nominales.

d) Si algún proyecto de ley o decreto fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión volverá a la de su origen con las observaciones que aquélla le hubiese hecho. Si examinado de nuevo fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si lo aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción a); pero si lo reprobare, no podrá volver a presentarse en el mismo período de se

siones.

e) Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva -- discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo de sechado, o sobre las reformas e adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículo aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Coámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo para los efectos de la fracción a). Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren -- reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquélla para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción a). Si la Cámara revisora insistiere, -- por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden por mayoría absoluta de sus miembros presentes que se expida la -- ley o decreto sólo con los artículos aprobados y que se reserven -- los adicionados o reformados para su examen y votación en las se-- siones siguientes.

f) En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

g) Todo proyecto de ley o decreto que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá volver a presentarse en las sesiones del año.

h) La formación de las leyes o decretos puede comenzar -- indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.

i) Las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en que se presenten, a menos que transcurra un mes desde que se pasen a la comisión dictaminadora sin que ésta rinda dictamen, pues en tal caso el mismo proyecto de ley o decreto puede presentarse y discutirse en la otra Cámara.

j) El ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, lo mismo que -- cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales.

Tampoco podrá hacerlas al decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente."

De acuerdo con la transcripción anterior, el proceso legislativo se integra de las siguientes etapas:

- 1.- Iniciativa
- 2.- Discusión
- 3.- Aprobación
- 4.- Sanción o veto
- 5.- Promulgación
- 6.- Publicación

La iniciativa consiste en el acto que realizan los órganos facultados expresamente para someter a la consideración del -- Congreso de la Unión, un proyecto de ley, siendo dicha consideración la discusión que se hace respecto del proyecto de ley por la Cámara de diputados y la Cámara de senadores, para que en caso de -- que sea procedente en cuanto su forma y materia el proyecto respectivo, se apruebe, y sea turnado posteriormente al Presidente de la República para su sanción, promulgación y publicación del proyecto y una vez cumplidos todos estos actos, adquiere el carácter de -- ley, siempre y cuando el Presidente de la República esté de acuerdo con el mismo, porque de lo contrario hará valer su derecho de -- veto, con lo que se pasa a nueva discusión el proyecto de que se -- trate.

Respecto a la promulgación y la publicación, existen opiniones de algunos autores que las consideran equivalentes, sin que -- existan diferencias en cuanto a sus efectos, y por otro lado, se -- argumenta que son dos cosas diferentes, y en esta última posición-- citamos lo que dice al respecto Ulises Schmil Ordoñez: (8)

"...la promulgación tiene la siguiente función: a) Recono-- cer un hecho; que el Congreso de la Unión ha aprobado una ley o de-- creto y lo ha remitido al Presidente de la República. b) El Presi-- dente de la República ordena la publicación de la ley o Decreto.-- c) Ordena, también, su observancia..." "... la publicación es un -- acto por el cual una ley o Decreto aprobado y sancionado se da a -- conocer oficialmente a toda la población del Estado..."

c).- LA JURISPRUDENCIA

Tomando en su acepción genérica el término jurisprudencia, encontramos que de la misma se derivan diversos conceptos de acuer-- do con la ubicación que se le dé en el campo intelectual, así te-- nemos que por un lado, se le conceptúa como la ciencia del derecho, que tiene como objeto de estudio todos aquellos principios y nocio-- nes que se dan invariablemente en cualquier derecho, por ser neces-- arios al mismo, tanto en un derecho avanzado como en un derecho primi-- tivo. En otro sentido, por jurisprudencia se hace referencia a una de las tres funciones en que se divide al poder público, que és la jurisdiccional, y cuyo ejercicio le corresponde al Poder Judicial. En este sentido la jurisprudencia se concreta a interpretar las nor-- mas jurídicas que presenten confusión en su texto, adquiriendo el-- carácter de obligatorio el sentido que le dé el Poder Judicial a -- las normas confusas. Dentro de este aspecto de la jurisprudencia, se le puede conceptuar, de acuerdo con el maestro Ignacio Burgoa, de la siguiente manera: (9)

"... la jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas uniformes que hace una autoridad judi--

8.- ULISES SCHMILL ORDÓNEZ, *Conceptos Dogmáticos y Teoría del Dere-- cho*, p. 112.

9.- IGNACIO BURGOA O., *El Juicio de Amparo*. p. 782.

cial designada para tal efecto, por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley".

El órgano jurisdiccional forma parte de todo un sistema complejo, que gracias al derecho es posible conjuntarlo armónicamente para que todos sus órganos cumplan con la finalidad que dió motivo para su creación. La función jurisdiccional está estructurada por el derecho, éste es el que le señala los órganos de que se servirá para cumplir con su función de resolver los litigios. La existencia del órgano jurisdiccional obedece, desde luego, por virtud del derecho, fuera de éste no es posible concebirlo, y de acuerdo a que la función primordial del juzgador es aplicar el derecho, las resoluciones que constituyen jurisprudencia no pueden revestir el carácter de fuente de derecho, como creador de lo normativo, ya que no hay jurisprudencia sin que exista ley qué aplicar, por esta razón considero que la jurisprudencia no crea derecho, tan sólo lo interpreta.

Para confirmar en el campo práctico la anterior afirmación piénsese en el caso de que la jurisprudencia sea contraria a lo dispuesto por una ley Federal, a la que interpreta. ¿cual debe prevalecer dentro del orden jurídico, la ley o la jurisprudencia?, es claro que debe prevalecer la ley sobre lo señalado por la jurisprudencia, entre otras razones, por el principio de división de poderes, que señala la función que cada uno tiende a realizar, y concretamente, el órgano jurisdiccional aplica e interpreta el derecho, y el órgano legislativo lo crea, de donde se colige que por la propia función que vienen a cumplir ambos poderes, debe aplicarse y prevalecer la ley sobre la jurisprudencia, porque de lo contrario se estaría admitiendo implícitamente la trasgresión de un órgano en las funciones de otro, además de que los jueces no pueden dictar normas generales, sino que sus sentencias sólo sientan derecho respecto de los casos concretos que deciden.

Es conveniente citar el siguiente ejemplo; el artículo 33 Constitucional otorga la facultad al Poder Ejecutivo para hacer a bandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin juicio previo, a todo extranjero cuya presencia juzgue inconveniente. Este artículo se puede interpretar en dos sentidos, uno que señala que el extranjero no goza de la garantía de audiencia que sirva de obstáculo para impedir que el extranjero sea expulsado inmediatamente, el otro sentido indica que si bien es cierto que no le asiste la garantía de audiencia al extranjero, porque así lo señala expresamente la Constitución, también es cierto que sí debe considerarse la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 Constitucional, de tal manera que no se le pueda expulsar al extranjero, mientras tanto no se acredite por parte del Poder Ejecutivo que supermanencia es inconveniente para el país. Ante esta duplicidad de interpretaciones, supongámos que la jurisprudencia viene a establecer que el sentido aplicable al citado artículo es el primero de los señalados. De acuerdo con los que piensan que la jurisprudencia es fuente del derecho, se afirmará que la interpretación del artículo en cuestión, constituye una nueva norma jurídica. Sin embargo, continuando con el mismo ejemplo, posteriormente es derogado el artículo 33 Constitucional, cuya consecuencia lógica-jurídica será de que la jurisprudencia dejará de tener aplicación, no obstante de que se afirmó que era una nueva norma, y con esto se acredita que la jurisprudencia no crea una nueva norma jurídica, sino que únicamente interpreta las ya existentes.

Continuando con el mismo ejemplo, imaginémos que el precepto referido no es derogado, sino que únicamente es objeto de modificación, y que se hace consistir en señalar expresamente que el extranjero si tiene a su favor la garantía de legalidad, con esta modificación deja de tener aplicación la jurisprudencia que señalaba que el extranjero no tenía esta garantía a su favor.

Por las anteriores consideraciones, la jurisprudencia no es fuente formal del derecho en virtud de que su función única y primordial consiste en interpretar el derecho existente, sin que pueda modificarlo o agragarlo, porque en tal caso, la jurisprudencia se estaría excediendo en su finalidad, que consiste en complementar la ley creada, en lo que se refiere a su interpretación. --

Al no existir ninguna ley a interpretar no se puede dar la jurisprudencia, al igual que cuando la ley es abrogada deja de tener aplicación la jurisprudencia, con lo cual se confirma que la jurisprudencia es algo accesorio de la ley. Desde luego que no desconozco la importantísima ayuda que viene a brindar al derecho y concretamente a su interpretación, con lo cual se facilita su aplicación.

c).- LA COSTUMBRE

La llamada teoría romano-canónica señala que dentro de la costumbre deben darse necesariamente dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo, aquél manifiéstase por la repetición prolongada de una serie de actos en un mismo sentido, y el elemento subjetivo se traduce en la convicción que tienen quienes realizan el elemento objetivo, de que éste es obligatorio, o de que es coercible. Estos dos elementos se encuentran contenidos dentro de la siguiente fórmula: *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*.

Dentro de la teoría formal del derecho, toda acción humana se encuentra prevista por el derecho, y debe corresponder necesariamente a cualquiera de los siguientes actos jurídicos; a) que sea una conducta prohibida, b) que sea una conducta ordenada, c) que sea una de las conductas potestativas, en las que el particular tiene el derecho de hacerlas o de abstenerse en su realización. De aquí se colige que la repetición sistemática con ánimo de que es obligatorio, de una serie de usos, no se puede originar ninguna obligatoriedad, ya que no existen conductas obligatorias en sí mismas, además de que al seguir una costumbre que es contraria a derecho, carece de toda normatividad la costumbre respectiva, al no existir ningún deber jurídico que vincule a una persona al cumplimiento de una costumbre.

Capítulo Segundo

LA RETROACTIVIDAD COMO PROBLEMA QUE SE PRESENTA A LA TECNICA JURIDICA

- I.- INTRODUCCION
- 2.- INTERPRETACION DE LA NORMA JURIDICA
- 3.- AMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA NORMA JURIDICA
- 4.- INICIO DE VIGENCIA DE LA NORMA JURIDICA
- 5.- LAS LEYES AUTOAPLICATIVAS Y LAS HETEROAPLICATIVAS
- 6.- LA RETROACTIVIDAD EN LOS ARTICULOS TRANSITORIOS
- 7.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD

1.- INTRODUCCION

La figura jurídica de la retroactividad se presenta únicamente dentro del derecho positivo, a diferencia de lo que sucede con el iusnaturalismo, en donde prevalecen de manera prioritaria los valores axiológicos, siendo precisamente esta finalidad - la que se busca en la aplicación del derecho, y así, cuando se trata de aplicar el derecho a un caso concreto, se hace en tal forma - que se logren los fines de esta postura filosófica, no obstante de que en la aplicación se estén afectando situaciones jurídicas dadas bajo el imperio de una norma anterior, pero que produjo resultados contrarios a los propuestos por el derecho natural, y que, con la nueva aplicación, se obtendrán efectos jurídicos justos, por lo que en esta consideración, la retroactividad carece de cualquier importancia dentro del iusnaturalismo.

La retroactividad se da tanto en la creación del derecho, como en su aplicación. Al formularse una norma jurídica, - en razón a su contenido material, es posible que se le pretenda dar efectos retroactivos, cuando la norma jurídica tiene como objeto de regulación situaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la norma anterior. Igualmente, la retroactividad se presenta en la aplicación del derecho, es decir, cuando la norma jurídica que se aplica no es retroactiva en sí misma, sino que es el órgano jurisdiccional o ejecutivo el que le está dando tal efecto, porque está afectando situaciones jurídicas dadas bajo las condiciones normativas de una ley anterior.

La retroactividad tiene un carácter negativo dentro del derecho, porque va en contra de la confianza que resulta - para los particulares el realizar su actividad jurídica de conformidad con el derecho vigente en ese momento, es decir, vulnera el principio de seguridad jurídica, y tomando en consideración que la retroactividad se puede dar tanto en la formulación como en la aplicación de la ley, resulta procedente que exista una disciplina que se ocupe de estas dos cuestiones, disciplina que indique cuáles son los medios que se deben utilizar para evitar incurrir en la retroactividad.

A la manera en que se convinen los diversos métodos y medios que existen para resolver un problema concreto, se le llama -- técnica. La técnica que se ocupa de señalar cuáles son los medios -- mas indicados en la elaboración o formulación de la ley, se le conoce como técnica legislativa, y a la técnica que nos indica los medios adecuados para aplicar correctamente el derecho, se le denomina técnica de la aplicación jurídica.

Dentro de la técnica de aplicación jurídica, en nuestro derecho positivo mexicano, se dispone expresamente en el artículo - 21 del Código Civil del Distrito Federal, que nadie puede alegar en su favor el desconocimiento del derecho, lo cual supone que en la - actuación diaria de quienes componemos el ámbito de validéz personal del derecho, estamos concientes de la legalidad de nuestros actos jurídicos, que sabemos los efectos que en el campo jurídico producirán, y con este previo conocimiento del derecho, llevamos a cabo innumerables actos jurídicos, es decir, aplicamos de manera privada el derecho.

De la manera en que se aplique el derecho por los particulares y los órganos de gobierno, en el tráfico jurídico, depende la necesidad de la aplicación del derecho por el órgano jurisdiccional, esto es, cuando más se acuté de acuerdo con lo señalado por el derecho positivo, tanto por los particulares como por los órganos de gobierno, menos será la intervención del órgano jurisdiccional, debido a la conformidad de la actuación del sujeto con lo que la - norma jurídica dispone. Sin embargo, por diversas razones, se hace frecuente la intervención del Poder Judicial para aplicar el derecho en un gran número de casos, y dentro de esas razones cabe citar a - la diversidad de interpretaciones que se pueden hacer de una misma norma, con los consecuentes sentidos que de la misma se desprenden.

2.- INTERPRETACION DE LA NORMA JURIDICA

Dentro de la técnica de la aplicación del derecho, la necesidad del estudio de la interpretación en el campo jurídico es ineludible, y concretamente cuando se trata de aplicar el derecho a un caso determinado, debido a que el derecho se manifiesta a través de leyes generales, abstractas, impersonales, además de obliga-

torias, que requieren de su concreción, de su individualización para regular un hecho determinado, y en este mecanismo lógico-jurídico que realiza el juzgador para encontrar la norma aplicable al caso concreto, se auxilia de la interpretación. El juzgador hace un análisis general de todo el derecho positivo para concluir si el hecho que se le presenta a resolución, pertenece a las conductas prohibidas, las ordenadas o a las potestativas, y así saber cuáles son las consecuencias normativas que se derivan, y aplicárselas al hecho controvertido.

La interpretación no se da únicamente en el campo jurídico, sino que se extiende a todo aquello que representa un significado. El tema de la interpretación del derecho es una cuestión sumamente discutida por diversos juristas, lo que ha originado que se viertan sendas opiniones y teorías que tienden a explicar lo que la interpretación es, y la manera de hacerla correctamente, llegando incluso, a señalar la confusión que vienen a dar a la solución del problema, todas las escuelas y métodos formulados en torno a ésta, puesto que ninguno de ellos resuelve satisfactoriamente el problema.

Conviene destacar las interesantes apreciaciones que hace del derecho el jurista Ricasens Siches, (I) y concretamente de la interpretación del mismo. Señala que el derecho es un instrumento para provocar en la realidad social unos ciertos resultados, y el derecho así entendido, no es ciencia, sino instrumento, pero la ciencia que estudia ese instrumento sí tiene el carácter de ciencia del derecho, por tanto, no se deben confundir la ciencia del derecho y la filosofía del derecho, con el derecho como instrumento, porque éste es el objeto de estudio de ambas. Por otro lado, le atribuye un doble aspecto o dimensión a las normas jurídicas, ya que éstas fueron gestadas y elaboradas bajo el estímulo de unas ciertas necesidades que se registran en la sociedad, y que vienen siendo el primer aspecto de las normas jurídicas, el segundo aspecto se contiene en el fin que se persigue con esas normas jurídicas, porque fueron creadas para resolver esas necesidades, es decir, fueron hechas para producir en esa realidad social precisamente unos determinados resultados, y no otros, por lo tanto, no es posible interpretar el derecho extrayendo una consecuencia de ciertas premisas, sino que las normas deben ser interpretadas a la luz de la confrontación

1.- RICASENS SICHES, LUIS. *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 212

de sus efectos con el propósito que inspiró la elaboración de la norma.

Por esta ocasión discrepo de la idea que propone el maestro Ricasens Siches, respecto de la forma en que se debe interpretar el derecho. Desde luego, atribuyo a su proposición el carácter de iusnaturalista, porque pretende que el derecho obtenga fines que eliminen situaciones desiguales e injustas que prevalecen en la sociedad, lo cual es cierto, es decir, el derecho sí tiende a obtener unos ciertos resultados positivos, y en esta consideración el derecho sirve como instrumento. Pero con lo que no estoy de acuerdo es que se pretenda interpretar la norma jurídica a través de los resultados que se buscan en su aplicación, y desde este punto de vista, el juzgador deba abstenerse de cumplir con la ley si observa que actuando al margen de ella se obtienen los resultados que dieron motivo a la creación de la ley.

La objeción la apoyo en las siguientes consideraciones: cuando el juzgador se encuentra en el momento preciso de resolver una controversia jurídica, se está preguntando cuál es la norma aplicable a la misma, y para saberlo la busca dentro de la materia del derecho que le corresponda, y después busca el o los artículos precisos que le son aplicables. En esta actividad intelectual, el juzgador está interpretando el derecho vigente haciendo a un lado las normas que no correspondan al caso en cuestión, hasta llegar con la norma aplicable; una vez que sabe cuál es la norma que previene la solución al litigio planteado, el juzgador debe aplicarlo necesariamente, y no como lo señala el maestro Ricasens Siches, de que analice si con esa aplicación se obtienen los resultados propuestos al crearse dicha norma jurídica, esto es, que haga un juicio a priori de los resultados que se originarán, resultando claramente de acuerdo con esta interpretación, se está exigiendo del juzgador una visión de tal magnitud que le permita prever los resultados que originará la ley que aplica. Enfocando esta idea a aquellas normas que teóricamente son un magnífico prospecto para obtener resultados de igual magnitud, y que al actualizarse producen resultados totalmente contradictorios a los propuestos, se advierte la dificultad de interpretar en este sentido la norma jurídica.

Suponiendo que se aceptase esta forma de interpretación, - se estaría admitiendo al mismo tiempo la vigencia de un régimen anárquico, en cuanto a la aplicación normativa se refiere, porque el juez tendrá la libertad de darle un sentido diverso a una misma norma, cuando advierta en su subjetivismo que con esa norma se darán -- resultados contrarios a los que se propusieron en su creación, y con esto se originaría un caos total en la aplicación del derecho. En -- otro sentido, de acuerdo con esta interpretación del derecho, se puede presentar la situación, aunque no intencional, de que en la aplicación de una norma jurídica, el juez observe que se van a generar funestos resultados, y por tal motivo, aplica la norma jurídica en otro sentido, el cual, ahora sí produce resultados injustos, y - si, en cambio, hubiera aplicado la norma de la manera en que la misma indica en su contenido, se realizarían virtualmente los fines -- que motivaron la creación de la norma jurídica.

De lo anterior se concluye que el juez no debe interpretar y aplicar la norma jurídica de acuerdo con la forma de interpretación que se rechaza, es decir, que confronte el propósito - que originó la creación de la norma con los efectos que producirá - su aplicación, porque, primeramente, el juez tiene que aplicarla para saber qué efectos produce, y después, confrontarlos con los que motivaron su creación, pero al aplicarla no se dice cuál es la interpretación que se le debe hacer precautoriamente. En otras palabras, el juez debe conocer los efectos que se producirán con la aplicación de la norma jurídica, para poder confrontarlos con los - que se propusieron con su creación, y para conocer dichos efectos, es necesario que aplique la norma jurídica primeramente, sin que se ofrezca el criterio que se debe seguir en esta primera aplicación.

Tradicionalmente se dice que interpretar una norma jurídica es conocer su sentido o lo que significa, esta afirmación deriva de la palabra "interpretar", que es buscar el sentido de una expresión, lo que esos signos refieren o significan. Cuando hablamos de interpretación, manifestamos el propósito de penetrar en el sentido de aquello que sirve de instrumento para expresar una idea o - concepto.

La interpretación jurídica de una norma, la puede hacer no únicamente el juzgador, sino que también la interpreta el particular, y quizás sea esta la forma en que se interpreta en mayor número la norma jurídica; en otras ocasiones, se dice que es el propio legislador quien hace la interpretación, cuando en el mismo texto de la ley señala la forma en que se deben entender ciertos términos que empleó en la forma legal.

De acuerdo con la calidad que tiene el autor de la interpretación, se hace la siguiente distinción; interpretación judicial, cuando la interpretación la hace el juzgador, interpretación doctrinal o privada si la norma es interpretada por el particular, e interpretación auténtica si es el propio legislador quien interpreta la norma jurídica creada por él.

Respecto de la interpretación auténtica, es necesario hacerle algunas observaciones que, de ser procedentes, le restarán el carácter de interpretación a lo que el legislador hace cuando indica el concepto de ciertos términos que empleó en la fórmula jurídica. Normalmente es posible que exista un consenso respecto al significado de ciertos términos utilizados en la norma jurídica, y lo que quiere representar en su conjunto., a la que se le puede calificar de clara. No obstante esto, también es cierto que la norma jurídica debe ser objeto de interpretación, independientemente de la nitidez de la fórmula en que este expresada, ya que, en un razonamiento lógico, para saber si una norma jurídica es clara o confusa en su contenido, previamente debe interpretarse, y así es que, cuando afirmamos que una norma es diáfana o confusa, es porque ya la interpretamos y concluimos que es clara u oscura

Ahora bien, cuando el legislador agrega al texto de la ley ciertas definiciones de algunos términos utilizados en la fórmula jurídica, en mi opinión, el legislador está complementando la norma jurídica, de tal suerte que, este agregado que el legislador hace de la norma jurídica; viene a formar parte integrante de ésta, pero no que sea la forma de interpretar el sentido de la ley, en virtud de que la ley se integra con todo lo que el legislador utilizó en su formulación, entendiéndose las palabras, y que puede dar como resultado una norma jurídica clara, pero aún así debe ser objeto

to de interpretación por el particular o el juzgador, y lo que agregó el legislador, también es motivo de interpretación, en virtud de que la interpretación se hace una vez que está totalmente confeccionada la norma jurídica, y sobre todos los términos que la configuran.

El problema central de la interpretación jurídica está en descentrañar su sentido, y para precisar este aspecto se han elaborado una serie de métodos y escuelas, así tenemos el método literal de la escuela de la exégesis, que señala la aplicación estrictamente gramatical de la norma jurídica, cuando ésta es clara, pero, como dice el jurista Ricasens Siches, la interpretación literal --- constituye un absurdo, porque la interpretación no puede ser literal, y si es literal, no es interpretación. El método subjetivo pretende fincar la interpretación buscando el propósito del legislador, su voluntad, y para ello señala una serie de medios que debe utilizar el intérprete en la búsqueda de la voluntad del legislador.

En la búsqueda del método que nos permita hacer una interpretación correcta de la norma jurídica, se han derivado, como se dijo anteriormente, diversas teorías y escuelas, y quizás esto - obedezca a que la norma sea susceptible de varias interpretaciones. En mi opinión, al interpretarse una norma jurídica se deben hacer a un lado las cuestiones personales, lo cual es sumamente difícil, - que son las que influyen para considerar a una norma jurídica como injusta, y por ello darle una interpretación diferente a la correcta, ya que toda persona entiende cuál es la correcta interpretación de la ley, pero al hubicarla a un caso concreto, por la naturaleza misma del ser humano, es analizada a través de factores axiológicos que orillan a darle otra interpretación, procurando darle una aplicación más justa.

Cuando se interpreta una norma jurídica en un gran número de casos de manera distinta a la que le corresponde, para hacerla más justa en su aplicación, es improrrogable que sea abrogada por otra que corresponda con esa interpretación, y no que se le desvíe de la aplicación que originalmente le corresponde. Esta afirmación se refuerza al recordar que el derecho positivo se va transformando en su propósito de ser el instrumento más eficaz con que cuen

ta la sociedad para lograr su equilibrio general, y cuando una norma o toda una ley resultan obsoletos con la realidad buscada, es imperativo su derogación o modificación para hacerla adecuada con la etapa de desarrollo en que se encuentra la sociedad.

3.- AMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA NORMA JURIDICA

Las normas jurídicas tienen existencia normativa cuando es posible referirlas adecuadamente a un sistema jurídico determinado, esto es a lo que se le llama validéz de la norma jurídica. Pero esta validéz no es para todo tiempo, en todo lugar, ni para todos los habitantes, sino que esta dimensión es determinada, así tenemos que toda norma jurídica regula ciertas materias, valen para cierto tiempo, comprende un determinado espacio o territorio, y rige a ciertos individuos, es decir, en toda norma jurídica se encuentra una dimensión material, temporal, espacial y personal.

Como la conducta humana es una acción, esta conducta no puede ser vacía, sino que debe tener un cierto contenido, y cuando esa conducta humana se puede referir a una norma jurídica, es decir, cuando esa acción está imputativamente vinculada, es porque -- tiene con dicha norma, una relación de tiempo, espacio y persona, y por virtud de esta vinculación, se aplica la norma jurídica a esa acción.

En relación con el tema central de la presente tesis, esto es, la retroactividad de la ley, se desprende que es una cuestión referida al ámbito temporal de las normas jurídicas, por lo que, en esta consideración, únicamente me voy a concretar a esta dimensión de las normas jurídicas.

Cuando se habla del ámbito de validéz temporal de una norma, se está refiriendo a dos puntos importantes que marcan la duración en el tiempo de toda norma jurídica; uno es el inicio de vigencia de la norma, y el otro es el momento en que deja de tener validéz, y el lapso comprendido entre un punto y otro, señala el tiempo durante el cual se le va a dar una cierta vinculación a las conductas humanas que se contengan en las normas jurídicas vigentes en

ese lapso.

Tratándose de la retroactividad de las leyes, resulta - un tema esencial el ámbito de validéz temporal de las leyes, porque nos sirve para conocer el momento en que se deja de aplicar una norma jurídica, debido a que en su lugar se ha creado otra distinta, y para saber las conductas que le corresponden regular a una y a otra, es menester precisar el momento en que deja de tener vigencia una, - y el que sirvió de punto de partida en la vigencia de la otra, por este motivo me voy a referir en el siguiente punto al inicio de vigencia de la norma jurídica, esto es, cómo se puede asegurar que a- entrado en vigor una disposición legal.

4.- INICIO DE VIGENCIA DE LA NORMA JURIDICA

Una de las características fundamentales de la ley es su fuerza imperativa, que le permite aplicarse a todas aquellas per- sonas que se encuentran vinculadas con las hipótesis que prevee., a plicación que se hace aún sobre la voluntad de los particulares. -- Desde luego, esta nota esencial de la ley es entendida como un "de- ber ser", es decir, que debe cumplirse una vez dados los actos con- dición, pero que dista mucho de que comprenda una relación de causa- lidad.

Una ley empieza a tener vigencia cuando el proceso le- gislativo se ha llevado hasta su última etapa, cuando se han cumpli- do todos los requisitos de forma que revisten a un conjunto de dis- posiciones con carácter normativo. El proceso legislativo es varia- ble en cuanto al tiempo y al espacio, puede suceder, y de hecho su- cede así, que en el desenvolvimiento del derecho de un Estado, se - hubiere previsto de varias formas el procedimiento que se debe se-- guir en la creación de una norma jurídica, sucediendo que en sus or- rígenes se regulara a través de una democracia directa, y que, como sucede actualmente en muchos Estados, se realice el proceso legisla- tivo de manera diversa en cuanto a sus etapas y en cuanto a las per- sonas que en él intervienen, como sería en una representación popu- lar. La diversidad, en relación al espacio, se dá cuando en una mis- ma época se establece de manera diversa el proceso legislativo en -

un Estado y en otro, por esto afirmo que para saber el inicio de vigencia de una ley, es necesario referirla a un derecho determinado, y que normalmente se encuentra previsto el proceso legislativo en la Ley Fundamental.

Por la anterior consideración, para precisar el momento de vigencia de una ley, me voy a concretar de manera particular al derecho positivo mexicano. En nuestra Carta Magna se indica en sus artículos 71 y 72, cuáles son los órganos y las etapas en que deben participar respectivamente, en el inicio, desarrollo y culminación del proceso legislativo, mismo que ha sido precisado en el capítulo anterior de esta tesis, por lo que en obvio de repeticiones, no voy a señalarlo en su totalidad, y solamente me ocuparé de dos de sus etapas, a saber; la promulgación y la publicación.

Como se dijo anteriormente, mediante la promulgación el Poder Ejecutivo hace su manifestación formal y expresa, en el sentido de que aprueba la ley que se le presentó para su aceptación o veto, y con ello, la dota de fuerza obligatoria, una vez que se haya publicado. Mediante la publicación de la ley, se hace del conocimiento a quienes deben de cumplirla y aplicarla, que ahora forma parte del derecho positivo una nueva ley. Tratándose de leyes federales, y de aquellas que regirán dentro del Distrito Federal, el medio legal para hacer la publicación es el Diario Oficial de la Federación, y cuando se trata de leyes que regirán en un Estado Federado, corresponde hacer la publicación el Diario Oficial de dicha entidad, o en su Gaceta de Gobierno, según sea el medio que legalmente esté previsto para tal efecto.

Corresponde al Código Civil del Distrito Federal señalar el inicio de la vigencia de las leyes federales y las que se emitan para el Distrito Federal, así tenemos que en su artículo cuarto dispone lo siguiente:

"Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día con tal de que su publicación haya sido anterior"

En este precepto se contiene uno de los dos sistemas que existen en la técnica jurídica para conocer el momento en que empieza a tener vigencia una ley, a saber, el sistema sincrónico. Como fundamento en este precepto, es posible que una ley empiece a regir al día siguiente de su publicación, con lo cual se impide la presencia de una figura jurídica que tiene una gran utilidad en esta materia, y que se conoce como *vactio legis*, la cual consiste en el lapso comprendido entre el momento de la publicación de la ley y la fecha en que entrará en vigor, que sirve a los destinatarios de la ley para que la conozcan y estén en posibilidades de cumplirla. Por esta razón no es admitido plenamente este sistema de vigencia de las leyes. Sin embargo, este caso es excepcional, ya que normalmente se señala una fecha que comprende varios días entre aquél de la publicación de la ley, y el día en que entrará en vigor.

El otro sistema que existe en materia de vigencia de las leyes es el llamado sucesivo, previsto en el artículo tres del Código Civil del Distrito Federal, en los siguientes términos:

"Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera --- otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial.

En los lugares distintos del en que se publique el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo - que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad"

Como se puede observar, en este sistema varía el día - en que entra en vigor la ley, dependiendo del lugar, lo que también origina una diversidad respecto de la *vacatio legis*. Se rechaza este sistema por la imprecisión que existe respecto de varias cuestiones, como lo son; la indeterminación de la forma en que se contará el espacio que medie entre el Distrito Federal y el lugar en que se aplique la ley fuera del Distrito Federal, porque bien puede ser a través de un mapa trazando una línea recta entre los dos puntos, resultando una cifra diferente si se mide a través de las vías de comunicación, ni tampoco se precisa cuál de las vías de comunicación

deberá de utilizarse en la medición.

Se puede concluir que en el inicio de vigencia de una ley, se deben tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.- El medio que sirve de publicación, para saber si es el legalmente correcto, para que en caso contrario, negarle toda validéz jurídica.
- 2.- El sistema adoptado para que entre en vigor la ley, que puede ser el sucesivo o el sincrónico, para que de esta manera se pueda conocer con certeza el momento preciso del inicio de su vigencia.
- 3.- Para conocer lo que indica el anterior punto, es necesario conocer lo que al respecto señalan los artículos transitorios.
- 4.- Desde luego, se debe analizar la constitucionalidad de la ley emitida, para que en caso de que sea contraria a ella, negarle todo efecto jurídico. Esto se refiere a cuestiones de legalidad, más que a la precisión del momento en que entra en vigor una ley, - pero que es útil tomar en consideración para darle o negarle validéz a la ley.

El otro punto importante en la precisión del ámbito de - validéz temporal de la ley, consiste en determinar el momento en que deja de tener vigencia la norma jurídica, para que de esta manera - se pueda saber si se han dado los presupuestos necesarios para que surga la retroactividad, a saber; la existencia jurídica de una nueva ley, y la ley que deja de tener vigencia, y que regía el hecho-jurídico respecto del cual surge la duda de la ley que debe regirlo.

Existen tres formas a través de las cuales una ley deja de tener vigencia; la primera es cuando la misma ley indica de manera expresa el lapso durante el cual va a tener vigencia, y al llegarse el término a que está sujeta su validéz, pasa a formar parte de las leyes históricas. No obstante que la ley pueda precisar el lapso que comprenderá su vigencia, es posible que el legislador dicte una nueva ley que abrogue a aquélla, aunque no se halla cumplido en su totalidad el lapso durante el cual tendría validéz, sin que con ello se esté excediendo en sus facultades el legislador. La segunda forma en que deja de tener vigencia una ley, es cuando se dicta una nueva ley sobre la misma materia, señalándose en los artículos transitorios en forma expresa, que se abroga la anterior ley.- Cuando el legislador emite una nueva ley, sin que se indique de manera expresa que se abroga otra, pero existe una contradicción en la confrontación de lo dispuesto por una y otra, se considera que la ley anterior es derogada implícitamente, con lo cual desaparece la contradicción, y de esta manera se configura la tercera forma en que deja de tener vigencia una ley.

5.- LAS LEYES AUTOAPLICATIVAS Y LAS HETEROAPLICATIVAS

La distinción de las leyes en heteroaplicativas y autoaplicativas, deriva fundamentalmente de dos factores; el momento en que tiene aplicación la ley, y el órgano que realiza dicha aplicación.

Una ley es autoaplicativa cuando por la manera en que regula la conducta de los sujetos de derecho, les está afectando en su esfera jurídica, a partir de la promulgación y publicación de la ley, y cumplido que sea la *vacatio legis*. Las leyes autoejecutivas como también se les conoce a las autoaplicativas, son aquellas que vinculan jurídicamente la conducta de ciertos sujetos de derecho, determinados en su conjunto, y no así en su individualidad, a partir del momento en que la ley adquiere esta calidad.

En las leyes autoaplicativas el órgano que las aplica es primeramente el Poder Legislativo, la aplicación va implícita en la misma ley, por la naturaleza de las conductas que va a regular,

no obstante que posteriormente se precise en lo individual el sujeto de derecho respectivo, y el momento de su aplicación es cuando la ley respectiva a entrado en vigor.

Un ejemplo de una ley autoaplicativa sería aquella ley que viniera a prescribir la conducta de los abogados, imponiéndoles la obligación de pagar un cierto impuesto o tributo, en tal forma - que, con la simple extrada en vigor, se actualizan las consecuencias de derecho que contiene la ley.

Las leyes heteroaplicativas son aquellas que se aplican por un órgano distinto de Poder Legislativo de manera originaria, y su aplicación es con posterioridad al momento de que entró en vigor.

Con esta distinción de las leyes en autoaplicativas y heteroaplicativas, se confirma lo afirmado anteriormente, en el sentido de que la retroactividad se presenta tanto en la confección de la ley, como en su aplicación, ya que en el caso de las leyes autoaplicativas, en las que aún no interviene ningún otro órgano distinto del legislador, están afectando de manera retroactiva a un sujeto de derecho, como consecuencia natural de la manera en que se prescribe su conducta por la ley.

6.- LA RETORACTIVIDAD EN LOS ARTICULOS TRANSITORIOS

La necesidad de referirme a los artículos transitorios en el propósito de encontrar las bases que permitan precisar cuándo hay retroactividad, se debe a que en estos preceptos se pueden indicar circunstancias que hacen aplicable la ley, de la que forman parte, a hechos ocurridos con anterioridad al momento en que entró en vigor la ley, y cuando así sucede, estamos en presencia de una aplicación retroactiva derivada del contenido de la ley, sin que se pueda atribuir válidamente la retroactividad, en este caso, a quien hace la aplicación de la ley.

Cuando se incurre en la retroactividad de la ley, no atribuible a quien la aplica, sino que es por la propia pretensión

de validéz que bucca materialmente la ley, es conveniente hacer una diferencia sutil respecto a la retroactividad que autoriza expresamente el legislador. La retroactividad que es consecuencia natural de la propia ley, puede contenerse de dos maneras: primeramente, la retroactividad se contiene en los artículos que comprende la ley, diferentes a los transitorios, cuando claramente indica una vinculación normativa respecto de conductas realizadas con anterioridad al inicio de su vigencia, sin que se pueda considerar que la retroactividad sea en este caso, motivada por la indebida aplicación que de esa ley hace la autoridad administrativa o jurisdiccional, sino que la misma deriva de manera natural por las conductas vinculadas por la ley, como sucede con el artículo 27 Constitucional, el cual analizaremos en el capítulo quinto. Por otro lado, la retroactividad atribuible al propio legislador, se puede derivar de los artículos transitorios, cuando de manera específica indica hechos que serán regulados por la nueva ley, y que sucedieron con anterioridad al inicio de vigencia de la ley, como sucede por ejemplo, con los artículos I0, I2, I3 y I5 transitorios de la Constitución actual, que a la letra dicen:

"I0.- Los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión contra el legítimo de la República, o coope-
rado a aquélla, combatiendo después con las armas en
la mano o sirviendo empleos o cargos de las facciones
que han atacado al gobierno Constitucionalista, serán
juzgados por las leyes vigentes, siempre que no hubie-
ren sido indultados por este".

"I2.- Los mexicanos que hayan militado en el gobierno Cons-
titucionalista, los hijos y viudas de éstos, y las de
más personas que hayan prestado servicios a la causa
de la Revolución o a la institución pública, tendrán
preferencia para la adquisición de fracciones a que -
se refiere el artículo 27 y derecho a los descuentos
que las leyes señalen".

"I3.- Quedan extinguidas de pleno derecho las deudas que por
razón de trabajo hayan contraído los trabajadores has-
ta la fecha de esta Constitución con los patrones, --

sus familiares o intermediarios".

"15.- Se faculta al ciudadano encargado del Poder Ejecutivo de la Unión para que expida la ley de responsabilidad civil aplicable a los autores, cómplices y encubridores de los delitos cometidos contra el orden constitucional en el mes de febrero de 1913 y contra el gobierno Constitucionalista".

Conocidas las razones históricas que justifican la inclusión de lo dispuesto por estos artículos, también se puede observar fácilmente que se están vinculando normativamente hechos que se dieron con anterioridad a la actual Constitución, con lo cual se -- confirma que los artículos transitorios pueden darle efectos retroactivos a la ley de la que forman parte.

Seguramente se hará notar que los artículos transitorios no son propiamente normas jurídicas, porque se refieren a hechos concretos, no obstante que comprenda a un número indeterminado de personas y de hechos, pero esto no elimina la posibilidad de que a través de ellos se origine una aplicación retroactiva de la ley, independientemente a si son o no normas jurídicas, el hecho es que sí pueden originar una aplicación retroactiva, que es la -- consideración que les hago.

7.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD.

El derecho es un instrumento del que se sirve la sociedad para facilitar y fomentar su desarrollo integral, de esta manera el derecho está determinado en su contenido por los factores reales que imperaban en el momento de su confección. Debido al desarrollo de las relaciones humanas y a la evolución de la organización social, las soluciones propuestas por la ley anterior, resultan actualmente obsoletas, llegando incluso, a constituir un obstáculo en el desenvolvimiento equilibrado de la sociedad, y por estas razones se hace necesario la modificación o la abrogación de aquélla, por una nueva que venga a continuar con los fines del dere

cho. Así, cuando el legislador a llevado a cabo en su totalidad el proceso legislativo, dándole la intervención correspondiente a los demás órganos que legalmente deban de colaborar en éste, hasta el punto de ser una nueva ley, con apoyo en la fuerza imperativa que le caracteriza a la ley, todas las conductas que se realicen desde ese momento, deben ser interpretadas a la luz de la nueva ley.

Se califica a la retroactividad como un vicio que atenta contra la seguridad jurídica, porque interfiere en la esfera jurídica de un particular sin cumplir con las condiciones de aplicabilidad jurídica, lo que se traduce en una afectación arbitraria en su contra. Al decir que la retroactividad es un problema que se da en la técnica jurídica, se quiere destacar que este vicio se puede presentar tanto en la confección de la ley, como en su aplicación. Se da la retroactividad de la ley en la creación de la misma, cuando pretende aplicabilidad de conductas dadas con anterioridad a su vigencia, al señalar expresamente en su contenido dicha pretensión. Aparece la retroactividad de la ley en la aplicación que de ella - hace un órgano de gobierno, cuando la ley intrínsecamente no contiene el vicio, pero que se configura al afectar estados jurídicos dados bajo el imperio de la ley precedente, por la aplicación indebida que de ella hace el órgano de gobierno.

Teóricamente no presenta mayor dificultad la afirmación de que la ley nueva únicamente debe aplicarse a las conductas que se den con posterioridad a la fecha del inicio de su vigencia, y que respecto de las que se presentaron con anterioridad a su vigencia, son intangibles para la nueva ley, porque de lo contrario incurrirá en el vicio de la retroactividad. Sin embargo, en el terreno práctico es de difícil solución precisar la aplicación que debe tener la ley nueva, con respecto a los hechos realizados antes de su vigencia, o mejor dicho, cuáles hechos fueron realizados antes de que entrara en vigor, ya que existen algunos que por su natural continuidad, se siguen dando durante la vigencia de la ley nueva. El problema de la retroactividad consiste, pues, en precisar el campo de aplicación temporal de la ley nueva con respecto a los hechos producidos con anterioridad a su vigencia, de tal manera que no exista duda en el terreno práctico de cuáles hechos deben ser vistos conforme a la ley precedente y cuáles de acuerdo con la nueva ley.

La literatura jurídica que se ha formado en relación a este tema es muy rica, existen un sinnúmero de teorías que ofrecen la solución al problema de precisar qué es la retroactividad, cuándo se dá este vicio, por esta razón me voy a ocupar de algunas de ellas en el siguiente capítulo, simplemente para dejar constancia de algunas ideas que se han vertido para solucionar este problema.

Capítulo Tercero

ALGUNAS TEORIAS, TESIS Y OPINIONES QUE ESTUDIAN LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

- 1.- INTRODUCCION
- 2.- TEORIA CLASICA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LAS ESPECTATIVAS DE DERECHO
- 3.- IDEA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE BRAUDY-LACANTINERIE Y HOUQUES FOURCADE
- 4.- TESIS DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE AUBRY ET RAU
- 5.- IDEA DE LA ADQUISICION Y EXISTENCIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE SAVIGNY
- 6.- TESIS DE BONNECASE
- 7.- TEORIA Y CONSIDERACIONES DE LA TESIS DE PAUL RUBIER
- 8.- CRITICA A LA PROPOSICION DE CAPITAN
- 9.- TESIS DE LAS CONCAUSAS DEL MAESTRO IGNACIO BURGOA

I.- INTRODUCCION

En relación con el tema de la retroactividad, en la falta de precisión de lo que es, cómo se puede saber de su presencia, y la manera de evitarla, es admitido por ilustres juristas nacionales la dificultad que este tema encierra, así tenemos que el maestro Serra Rojas (1) lo califica como uno de los problemas más complejos de la ciencia del derecho, el maestro Ignacio Burgoa destaca (2) que ha suscitado serios conflictos que aún no han sido resueltos satisfactoriamente, por este motivo, no resulta sorprendente que la literatura jurídica que trata este problema sea abundante. En su intento de encontrar las bases que nos permitan determinar cuándo y en qué casos una ley se está aplicando retroactivamente, los diversos autores que analizan este problema han incurrido en una desviación del propósito fundamental que encierra esta cuestión, y por consiguiente, no es satisfactoria la solución que proponen al citado problema. Desde luego, es de destacarse aquellas aportaciones valiosas que algunos de ellos formulan, lo que subrayaré en el momento de su explicación.

Debido a lo prolijo de las teorías que se han formulado en torno a la retroactividad, únicamente me voy a referir a las teorías, tesis y opiniones más sobresalientes, haciendo la aclaración de que en el estudio de las mismas, no fui a la fuente directa, sino que las obtuve por referencias de otros autores y lo que sí hice fue verificar que coincidiera la misma idea entre los diversos autores que la citaban, por tal motivo no se hacen las citas respectivas, ya que al hacerlo se estaría llenando de innumerables citas este capítulo, en perjuicio de la claridad que pueda presentar su exposición.

1.- "Estamos en presencia de uno de los problemas más complejos de la ciencia del derecho" Serra Rojas, A. Derecho Administrativo, tomo I, p. 300.

2.- "La cuestión consistente en determinar cuándo y en qué casos una ley adolece del vicio de retroactividad, es decir, cuando y en qué casos se afecta la supervivencia temporal de una norma anterior o se afecta dicho estado jurídico, ha suscitado serios conflictos que aún no han sido resueltos satisfactoriamente". Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales. p. 504.

2.- TEORIA CLASICA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LAS ESPECTATIVAS DE DERECHO

Se considera al jurista francés Merlin como el expositor -- más brillante de esta teoría, la cual gira en torno de dos conceptos fundamentales, a saber; el derecho adquirido y la expectativa de derecho. Son derechos adquiridos aquellos que han ingresado de una manera definitiva dentro del dominio de una persona, y que no están sujetos a ningún otro elemento o condición, para que el particular pueda considerarlos como sus derechos. La expectativa de derecho, en cambio, es simplemente una esperanza que tiene una persona de que realizado un hecho o condición futura, podrá adquirir un derecho de manera definitiva, pero mientras tanto, únicamente se encuentra en una situación jurídica de expectativa de derecho.

De acuerdo con esta teoría, cuando nace una nueva ley, no puede aplicarse hacia el pasado lesionando o afectando derechos adquiridos, pero sí en cambio, es correcta la aplicación que se haga de la nueva ley sobre las simples expectativas de derecho. La anterior consideración se apoya en que el particular que goza de un derecho subjetivo no puede ser privado de él por una ley nueva, porque de lo contrario se afectaría flagrantemente un principio fundamental del derecho, consistente en la seguridad jurídica, pues sin éste, el orden público se vería seriamente afectado, en cambio, -- las simples esperanzas o expectativas que aún no han sido configuradas como derechos, no merecen la misma protección que los derechos adquiridos, y cuando la ley nueva viene a modificarlas no puede afirmarse que se esté aplicando de una manera retroactiva, en virtud de que no se trata de un derecho concreto que le asista a persona determinada.

Una nueva ley no puede afectar los derechos adquiridos por un particular cuando se han configurado de conformidad con la ley precedente. La presente teoría destaca que el vicio de la retroactividad no tiene cabida dentro de un régimen jurídico, sin que con ello esté resolviendo el problema consistente en saber -- cuándo hay retroactividad, pues si bien es cierto, por un lado se señala que no se pueden afectar los derechos adquiridos por un particular, y sí en cambio, las simples expectativas se pueden afec-

tar por una nueva ley. Con estos elementos no se puede precisar de manera indubitable cuándo estamos en presencia del vicio de la retroactividad, por lo tanto, la teoría de referencia, más que resolver la cuestión de la retroactividad, lo que en esencia está haciendo es desplazarlo y quizás confundirlo más, porque ahora, de acuerdo con esta teoría, es menester precisar cuándo existen derechos adquiridos, porque precisamente la retroactividad se dá cuando la ley nueva afecta a aquéllos, pero en un caso concreto saber cuándo se ha configurado el derecho, es otro problema que se agrega al de la retroactividad, por lo que en esta consideración, ahora debemos de saber tanto teóricamente como en su aplicación práctica, cuándo estamos frente a un derecho adquirido, ya que si es posible lograr esta precisión, el problema de la retroactividad estará plenamente dilucidado.

3.- IDEA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE BRAUDY-LA CANTINERIE Y HOUQUES-FOURCADE

Debido a que la teoría clásica parte de la distinción de los derechos adquiridos y de las simples expectativas de derecho, y en virtud de la imprecisión que existe, tanto teórica como en su aplicación práctica, de los derechos adquiridos, los autores que se precisan en este punto se han dedicado a analizar lo que se entiende por derechos adquiridos, y en relación a ello nos dicen que se debe de hacer la distinción entre facultad legal y ejercicio, entendida la primera como una simple expectativa que sólo se convierte en derecho adquirido en virtud de su ejercicio. De acuerdo con la tesis de estos autores en relación con los derechos adquiridos, la forma de conocer cuándo estamos en presencia de un derecho adquirido, es distinguiendo si el mismo ha sido ya ejercitado, debido a que todo derecho deriva de una norma legal, y mientras que no se ha ejercitado de conformidad a ésta, no puede hablarse de un derecho adquirido, y sí en cambio, de una expectativa de derecho, por lo que en esta consideración, los derechos adquiridos son aquellos que se han ejercitado debidamente de conformidad con la norma de la cual derivan, y son simples expectativas de derecho, -- las facultades contenidas en la misma norma, pero que aun no han sido actualizadas por el particular. Las facultades ya ejercitadas con

forme a la norma legal de la cual deriva, es decir, los derechos adquiridos, no pueden ser destruidos o modificados por la nueva ley, en cambio, sí pueden serlo, sin que se incurra en el vicio de la retroactividad, las facultades legales que aún no han sido ejercitadas por el particular.

La tesis de Braudy-Lacantinerie y Hoques-Forcade sobre los derechos adquiridos, viene a introducir un elemento que hace más confuso y contradictorio el concepto de los derechos adquiridos, porque hace depender el nacimiento de un derecho, de su ejercicio, lo que desde luego no es aceptado, porque toda norma jurídica se integra de dos partes fundamentales, una el supuesto jurídico, y la otra su parte dispositiva, y cuando es realizado el primero, se actualizan las consecuencias de derecho, consistentes en el derecho subjetivo y el deber jurídico, y su existencia no depende ni del ejercicio del derecho que se ha producido ni del cumplimiento del deber jurídico que se ha generado, por lo tanto, la teoría de referencia, lejos de explicar adecuadamente el concepto de los derechos adquiridos, para poder conocer y entender la retroactividad de la ley, viene a confundirlos, por lo que en esta consideración resulta inaceptable la proposición que hacen estos autores del concepto de los derechos adquiridos.

4.- TESIS DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE AUBRY ET RAU

De acuerdo con la aportación que estos autores hacen al problema de la retroactividad, consistente en introducir algunas variantes a la teoría de los derechos adquiridos, y más concretamente al concepto de éstos, se puede observar que también ellos encuentran el defecto principal que presenta la teoría clásica, en la falta de precisión del concepto de derechos adquiridos, y por este motivo, los autores de referencia, afirman que los derechos adquiridos son aquellos que derivan de la realización de un hecho por parte del hombre, y por lo mismo han ingresado a la esfera jurídica del particular, cuando el hecho realizado se ha ajustado a las condiciones que señala la ley, pero en cambio, cuando se habla de un derecho que ha sido otorgado inmediatamente por la propia ley, sin que para su existencia se requiera de la colaboración de la persona que lo adquiere, señalan que esto no es propiamente un derecho adqui-

rido, y por lo tanto, es procedente la afectación o modificación - que de él haga una nueva ley, debiéndose respetar, en cambio, los derechos adquiridos en colaboración con la actividad del hombre.

El objeto de que hubiera incluido la opinión de estos autores, no consiste en que represente una aportación en el esclarecimiento de la retroactividad, sino que en cierta forma están vinculados su tesis, con la de los derechos adquiridos. Afirman estos autores que en el nacimiento de un derecho debe haber la participación de la persona que los adquiere, para poder considerarlo como un derecho adquirido, y que no tiene este carácter cuando se deriva únicamente del contenido de la propia ley, sin la colaboración del particular. La objeción consiste fundamentalmente en que para el nacimiento de un derecho, en ocasiones, por disposición de la propia ley, no se requiere de la colaboración o participación de la persona que lo va a adquirir, sino que nace por cuestiones ajenas a esa participación, y desde ese momento adquiere el carácter de derecho.

Por otro lado, se critica la tesis de Aubry Et Rau, porque admite la aplicación retroactiva en contra de los derechos que se adquieren a través de la aplicación inmediata de la ley, cuando no se necesita de la colaboración de su titular, con lo cual se -- observa una clara contradicción de esta tesis, en relación con la teoría clásica de los derechos adquiridos, porque ésta señala que los derechos adquiridos no deben ser afectados nunca por una ley nueva, en cambio la tesis de Aubry Et Rau si admite la afectación de los derechos que se adquieren de una ley autoaplicativa.

5.- IDEA DE LA ADQUISICION Y EXISTENCIA DE LOS DERECHOS DE SAVIGNY

La teoría propuesta por Savigny es muy interesante, porque trata de una manera práctica el problema de la retroactividad, y para ello distingue las leyes de la siguiente manera: por un lado comprende a todas aquellas normas jurídicas que se refieren a la forma de adquirir los derechos, y por el otro lado, abarca a todas - aquellas disposiciones legales que se refieren a la existencia o inexistencia de una institución jurídica, es decir, se refiere al mo

do de ser de las instituciones jurídicas. En opinión de Savigny, - es procedente aplicar retroactivamente la ley cuando se hace a las instituciones jurídicas creadas con anterioridad a su vigencia, y no a los hechos sucedidos en relación a la adquisición de los derechos.

De acuerdo con este autor, la aplicación retroactiva de la ley es procedente cuando se ataca la existencia o el modo de ser de una institución jurídica, de tal manera que se modifique o suprima la misma, impidiendo con ello que se continúen produciendo los efectos jurídicos que se derivan de la propia ley que la instituyó. En cambio, no admite la aplicación retroactiva de la ley cuando se pretenda afectar las condiciones que se deben de cumplir en la adquisición de ciertos derechos.

La objeción que se le hace a la teoría de Savigny, es porque no presenta la solución al problema de la retroactividad, incluso, ni siquiera lo trata en su esencia, y solamente introduce justificaciones e injustificaciones para aplicar retroactivamente la ley nueva, como sucede al admitir dicha aplicación cuando se haga a una institución jurídica, sin que se admita la misma aplicación respecto a la forma de adquirir ciertos derechos.

6.- TESIS DE BONNECASE

Entiende por situación jurídica la manera de ser de cada uno, relativamente a una regla de derecho. Distingue entre situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas. La situación jurídica concreta es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o de un hecho jurídico que pone en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e ipso facto le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución. La situación jurídica abstracta la hace consistir en meros estados de derecho objetivo.

Señala Bonnecase que las situaciones abstractas sí pueden ser afectadas por una nueva ley sin que exista retroactividad, y respecto de las situaciones jurídicas concretas, afirma que éstas

no pueden ser afectadas por una ley dictada con posterioridad al momento en que nacieron, y si son afectadas, se estará en presencia del vicio de la retroactividad.

La presente tesis coincide en esencia con la teoría clásica, porque también distingue entre derechos adquiridos y expectativas de derecho, ya que corresponden en esencia los derechos adquiridos a las situaciones jurídicas concretas, y las expectativas de derecho son similares a las situaciones jurídicas abstractas. - Por este motivo, es procedente aplicarle a la tesis de Bonnacase - la misma objeción que se le planteó a la teoría clásica, en el sentido de que con esta tesis no se está indicando la esencia de lo que es la retroactividad, ni presenta el método que se debe seguir para conocer cuándo estamos en presencia de la misma. En efecto, la tesis de Bonnacase considera que no deben de ser afectadas por una nueva ley, las situaciones jurídicas concretas, de lo contrario - habrá retroactividad, y por otro lado, no es fácil determinar teórica ni prácticamente, lo que es una situación jurídica concreta, ya que si esto fuera posible, considero que estaría resuelto el problema de la retroactividad, porque al conocerse la situación jurídica concreta, se podrá concluir que la nueva ley no debe afectarla; a menos de que incurra en el vicio de la retroactividad.

7.- TEORIA Y CONSIDERACIONES DE LA TESIS DE PAUL RUBIER

El principal mérito de la tesis propuesta por Paul Rubier se hace consistir en dos aspectos, por un lado la distinción que hace de los hechos de la siguiente manera; habla de hechos consumados, que son aquellos que se realizaron con antelación a la fecha de iniciación de vigencia de otra ley, llamados también facta preaterita; hechos que están en curso o factapendentia, es decir, - los hechos que se iniciaron bajo las condiciones de legalidad de la ley precedente y que continúan produciendo sus efectos durante el imperio de la nueva ley, y respecto de este tipo de hechos se debe hacer una separación entre los hechos anteriores a la fecha de cambio de legislación, y los hechos ocurridos durante la vigencia de la nueva ley; los hechos futuros o facta futura, son aquellos que se

producen una vez que ha entrado en vigor la nueva ley. Respecto de los hechos consumados en su totalidad, no deben de ser afectados - por la nueva ley, y en caso contrario habrá retroactividad, respecto de los hechos futuros, la ley nueva nunca puede ser retroactiva.

Los hechos iniciados durante la vigencia de la anterior ley y que continúan produciéndose durante el imperio de la nueva ley, es necesario distinguir cuáles deben ser regulados por la ley anterior y cuáles por la nueva, para que ésta no se aplique a los hechos que le corresponden a la precedente, ya que en tal caso habrá retroactividad.

El otro aspecto importante de la tesis de Paul Rubier - consiste en distinguir entre efecto retroactivo y efecto inmediato de la ley; entendiéndose por efecto retroactivo de la ley, cuando es aplicada a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior o bien, cuando se aplica a hechos en curso, si una parte de los efectos se realizaron antes de la vigencia de la nueva ley. Tiene efecto inmediato la ley que se aplica a los efectos que se dan en el presente, y en este caso no se puede decir que se le está dando un efecto retroactivo a la nueva ley.

En relación al primer aspecto de la teoría de Paul Rubier, consistente en distinguir los hechos partiendo del momento - de vigencia de la nueva ley, afirma que ésta no incurre en el vicio de la retroactividad cuando se aplica a los hechos ocurridos después del inicio de su vigencia, y destaca que el problema de la retroactividad está en distinguir los efectos que corresponden a los hechos en curso, para que se aplique la ley anterior a los efectos que resulten de los hechos ocurridos antes de la vigencia de la nueva ley, y ésta regule los que se dieron durante su vigencia.

8.- CRITICA A LA PROPOSICION DE CAPITAN

La opinión vertida por este autor, más que resolver el problema de la retroactividad, lo que hace es trasladarlo y justificar la aplicación de la nueva ley a los hechos pasados, en atención a que siempre que el legislador emite una nueva ley, es por-

que la anterior ya no cumplía con los fines propuestos, y al evitar que se aplique la nueva ley a tales hechos, se está impidiendo que se logren los fines de la nueva ley, y que la anterior no logró. La crítica que se le hace a la proposición de Cápitan, es porque - no proporciona ninguna idea de lo que es la retroactividad, y sólo adopta una posición conformista porque se concreta a introducir elementos que justifican la aplicación retroactiva de la ley, pero sin indicar en qué consiste la retroactividad.

9.- TESIS DE LAS CONCAUSAS DEL MAESTRO IGNACIO BURGOA

Después de hacer un análisis de diversas teorías y tesis en torno de la retroactividad, concluye que la retroactividad es un problema complejo y polifacético, y que en la práctica debe ser resuelto con un espíritu de equidad. Destaca la circunstancia de que la retroactividad únicamente se dá en la aplicación de las leyes, negando con ello que sea un vicio o defecto contenido en la propia norma jurídica, y que la retroactividad deriva de la aplicación que de la ley hace la autoridad administrativa o judicial, - siendo a estas autoridades a las que se les presenta el conflicto de decidir por una de las dos leyes, la antigua o la nueva, y que al no existir ningún método o criterio que sea uniforme o absoluto respecto a cuál de las dos leyes es aplicable al caso concreto, las citadas autoridades se deben inspirar en un espíritu de equidad al momento de dictar su resolución.

Siguiendo con la tesis propuesta por Paul Rubier, - consistente en distinguir los hechos pasados, los hechos en curso, - y los hechos futuros, admite el maestro Ignacio Burgoa que la retroactividad no puede darse al aplicarse a los hechos futuros con respecto de la nueva ley, ni tampoco en relación con los hechos sucedidos con anterioridad, es decir, que en uno y en otro tipo de hechos no existe problema para determinar cuál es la ley que debe aplicárseles, concluyendo que la retroactividad como problema únicamente se presenta respecto de los facta pendentia.

Tratándose de los actos o hechos, llamados contínuos o continuados, y que constituyen un estado de derecho que subsiste

en un largo tiempo, y que producen consecuencias jurídicas durante ese lapso, se deben de tomar en cuenta dos aspectos importantes al momento de aplicar la norma que legalmente corresponde, a saber; el elemento causal y el elemento consecuente. El elemento causal - consiste en el hecho, el acto, o la circunstancia que genera las consecuencias que se producen a través del tiempo, consistiendo estos últimos en el elemento consecuente. El elemento causal puede, por sí mismo, sin la concurrencia de otras circunstancias o concausas, generar al elemento consecuente, o, por el contrario, éste, además de estar determinado por el primero, para que se actualice, requiere de otros factores (hechos, actos o circunstancias) y se convierten en concausas.

Cuando el elemento consecuente se produce durante la vigencia ya de una nueva ley, para saber si ésta es la que debe regirlo o por lo contrario debe ser la precedente, propone las siguientes reglas:

I.- Si el efecto o la consecuencia existen o se generan jurídicamente sólo en función del acto causal, es decir, sin la concurrencia de otras causas, de tal manera que deriven inmediata o directamente del mismo, la ley aplicable será la del propio acto causal.

2.- En cambio, si el efecto o la consecuencia, para existir jurídicamente, requieren la realización de una concausa, (hecho, acto o circunstancia) distinta del acto causal, se aplicará la ley nueva en caso de que dicha concausa se produzca bajo su vigencia.

Por esta ocasión opino de manera distinta al maestro Ignacio Burgoa, con base en las siguientes consideraciones: no es exacto que la retractoriedad únicamente se presente en la aplicación de las leyes, esto es, que la retroactividad no puede estar contenida en la misma norma jurídica, ya que la retroactividad puede darse tanto en la confección de la misma como en su aplicación. En efecto, existen normas jurídicas que intrínsecamente pretenden aplicación jurídica de hechos que se dieron con anterioridad a su vigencia, como sucede con lo dispuesto por el artículo 27 Constitu-

cional, con el que se afectan hechos realizados con anterioridad a la promulgación de la presente Constitución, de tal manera que quien aplica la ley Fundamental, al hacerlo no está produciendo la retroactividad por virtud de su aplicación, sino que es el resultado natural del contenido de la norma jurídica que aplica.

Capítulo Cuarto

OPINION QUE PROPONGO PARA PRECISAR CUANDO EXISTE RETROACTIVIDAD DE LA LEY

- I.- INTRODUCCION
- 2.- LA RETROACTIVIDAD COMO OBJETO DE ESTUDIO DE LA CIENCIA DEL DERECHO
- 3.- LA NORMA JURIDICA COMO OBJETO CENTRAL EN LA DETERMINACION DE LA RETROACTIVIDAD
- 4.- LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DE LA NORMA JURIDICA
- 5.- LOS SUPUESTOS JURIDICOS
 - a).- Concepto
 - b).- Clasificación
- 6.- DISPOSICION DE LA NORMA JURIDICA
 - a).- Concepto
 - b).- Elementos de la disposición normativa
 - I.- El derecho subjetivo
 - a).- Hans Kelsen
 - b).- Bernardo Windscheid
 - c).- Clasificación
 - 2.- El deber jurídico
 - a).- Kant
 - b).- Hans Kelsen
 - c).- Eduardo Garcia Maynez
- 7.- CONCLUSION: FORMA DE SABER CUANDO EXISTE RETROACTIVIDAD DE LA LEY

I.- INTRODUCCION

Al inicio del presente trabajo destacué la necesidad de distinguir dos posturas ideológicas que existen en el campo jurídico, de tal manera trascendentales, que la opinión que se viera respecto a la retroactividad, dependerá fundamentalmente de la posición que se acepte, porque no es posible desarrollar este tema y concluir formulando un método que permita conocer esta figura jurídica, que sea valedero tanto en el iusnaturalismo como en el positivismo jurídico, porque ambos conciben de manera distinta al derecho.

Ante la anterior disyuntiva opté por el derecho positivo, siguiendo su formulismo que lo caracteriza, porque es en esta posición doctrinal donde únicamente se puede hablar de retroactividad, ya que para darse ésta, se requieren dos leyes, una nueva y otra que deja de tener vigencia, y esto únicamente sucede en el derecho positivo, a diferencia del iusnaturalismo que postula la existencia de un sólo derecho que es válido independientemente del tiempo y del lugar, esto es, se fundamenta en un derecho inmutable, en consecuencia, es difícil imaginar lógicamente que se puedan dar en este derecho, dos leyes, que sirvan de presupuestos lógico-jurídico en la configuración de la retroactividad.

Resulta igualmente necesario señalar la postura -- que se seguirá en la exposición de la retroactividad, porque de esta manera se fijan los elementos previos que nos servirán para su explicación, y no incurrir en una mezcla de las dos posiciones. -- Con esta aclaración, hacemos a un lado apreciaciones valorativas -- que se le podrían formular a manera de objeción, a la idea que se propone para conocer la retroactividad de la ley, y de paso se precisa el camino que se ha de seguir para obtener este propósito, -- sin que ello signifique que se están evitando las futuras objeciones que se le hagan, y que seguramente son múltiples, sino que es por las razones ya apuntadas.

2.- LA RETROACTIVIDAD COMO OBJETO DE ESTUDIO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

En el capítulo segundo expuse que la retroactividad se presenta a la técnica jurídica, y que corresponde a ésta evitar que se presente este vicio, a través de una confección adecuada de la ley, y con una debida aplicación de la misma. Afirmé también, - que la retroactividad es objeto de estudio de la ciencia del derecho, sin que ello signifique contradicción alguna, ya que la técnica jurídica colabora a la generación de la experiencia jurídica, - y dentro de esa experiencia se localiza el problema de la retroactividad, y la ciencia del derecho explica y analiza la experiencia jurídica a través de enunciados jurídicos.

Todo comportamiento humano es posible analizarlo a la luz del derecho, y cuando una ley aparece en lugar de otra, regulando de distinta manera una conducta determinada, y se pretende aplicar a las realizadas con anterioridad a su vigencia, aparece - entónces, la retroactividad, y, como se dijo anteriormente, la ciencia del derecho tiene por objeto de estudio a las normas jurídicas. en consecuencia, la retroactividad pasa a ser objeto de estudio de la ciencia del derecho.

La ciencia del derecho es una rama de la ciencia en general que tiene como objeto de estudio al derecho, denominándosele también como Jurisprudencia, aunque existen algunos autores desorientados que le niegan el carácter de ciencia, como lo hace Kirchmann (I), en los siguientes términos: "...tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura...". Desde luego, el concepto que vierte el autor de referencia, está - cargado de cierto desprecio hacia el derecho, debido quizás a cuestiones personales, porque de otra manera no es posible expresarse de esta forma respecto de una de las ciencias que auxilian eficazmente a la sociedad. En cuanto a la negación que le hace a la ciencia del derecho, en el sentido de que no tiene este carácter, olvida que el derecho no es tan cambiante al grado que él indica, que -

1.- Citado por Angel Latorre, *Introducción al Derecho*, p. 115.

con tres rectificaciones del legislador, se convierta en basura bi bliotecas enteras, porque no resulta fácil cambiar todo un sistema jurídico, que sería el único caso de que una biblioteca se convirtiera en historia del derecho, y no en lo que despectivamente saña la. Además, como toda ciencia, el derecho se integra por una innumerable serie de conceptos fundamentales, que son básicos e inva-- riables, de los que ha dicho Austin (2) "que dondequiera volvamos la vista, estamos seguros de encontrarlos". Los que le dán firmeza a la ciencia del derecho, confirmándole dicho carácter.

3.- LA NORMA JURIDICA COMO OBJETO CENTRAL EN LA DE-- TERMINACION DE LA RETROACTIVIDAD

La retroactividad requiere necesariamente de la exis tencia de dos normas, una que deja de tener vigencia y la otra que la suple, afirmación que resulta contradictoria con lo que destacan diversos autores, pues señalan que la retroactividad no requiere - indispensablemente de la ley anterior, sino que basta con la pre-- sencia de la ley nueva para que se pueda configurar en ciertas con diciones, la retroactividad, y esto se presenta cuando la nueva -- ley instituye una nueva figura jurídica, que, obviamente, no conten ía la anterior, y que al aplicarse esa nueva modalidad a hechos - acaecidos con anterioridad a su vigencia, se estará dándole una -- aplicación retroactiva, y con ello se pone en evidencia que no es un requisito sine qua non la existencia de una ley anterior, para que se configure el vicio de la retroactividad, como lo señalan -- estos autores.

Toda conducta es posible referirla a un derecho po sitivo, ya sea como una conducta prohibida, ordenada o potestativa, y cuando se le hubica dentro de las conductas que no se obliga a ha cer, o que se prohíben, esa conducta es potestativa, con plena con formidad con el derecho positivo de que se trate. Con esto se acredita que toda conducta potestativa tiene su fundamento jurídico en el derecho que la califica de esa manera. La conducta potestativa - está legalmente permitida, ya sea que consista en una acción o en - una omisión, y esto resulta lógico porque no es posible calificar - a una conducta como potestativa, sin referirla a un orden jurídico determinado.

2.- Austin, Jhon., *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*, p. 35,

De acuerdo con la anterior consideración, se advierte que en la retroactividad se dan necesariamente dos normas jurídicas, -- una que viene a regular de distinta manera una conducta humana, y -- la otra que la regía de forma diversa.

Debido a que la norma jurídica es la que regula la conducta humana, y que se transforma a través del tiempo, es en el estudio de la norma jurídica donde se debe concentrar la atención del problema de la retroactividad, porque es en la nueva norma jurídica como se puede dar la retroactividad, pretendiéndola aplicar a los hechos acaecidos con antelación a la vigencia de la nueva ley. Es la norma jurídica la que se formula o aplica retroactivamente y no otra cosa, dentro del derecho positivo, por ello es que la solución al problema de la retroactividad se encuentra en el análisis estructural de la norma jurídica, por tal motivo, a continuación me voy a referir a ella.

4.- LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DE LA NORMA JURIDICA

Parece que no es posible encontrar la esencia del derecho, y en esta búsqueda se han avocado autores de gran prestigio intelectual, sin que se pueda considerar como satisfactoria la solución que finalmente proponen. Quizás se deba este resultado a -- que no es dable definir la esencia misma de cualquier ciencia, a esta razón atribuye Fritz Schreier (3) la dificultad que presenta el definir al derecho; "...si el derecho es objeto de una ciencia independiente, es decir, si el sistema de la ciencia jurídica es -- un sistema cerrado, definir aquel será imposible. La definición -- del derecho es metajurídica...". Para encontrar el concepto del derecho, siguiendo la tesis positivista, es necesario partir de una serie de proposiciones, separando los elementos de carácter material o determinados, de los formales o determinantes, para llegar a aquellos principios o elementos constantes en toda norma jurídica, -- independientemente del derecho positivo de que se trate, mismos que

3.- *Fritz Schreier, - Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*
p.29.

se conocen en la terminología jurídica como CONCEPTOS JURIDICOS - FUNDAMENTALES, que son aquellos elementos esenciales a todo derecho, y que sirven como instrumentos imprescindibles al jurista que se avoque a la solución de un problema jurídico.

En toda norma jurídica se encuentran dos elementos - fundamentales que la integran; el supuesto normativo y las consecuencias de derecho. Kelsen encierra esta estructura lógica en la fórmula siguiente; en determinadas circunstancias, un determinado sujeto debe observar tal o cual conducta, si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado, debe aplicar al infractor una sanción.

Para Korkoonov (4), toda norma jurídica se compone de dos partes; hipótesis y disposición, correspondiendo ambas partes al supuesto jurídico y las consecuencias de derecho, respectivamente.

5.- LOS SUPUESTOS JURIDICOS

a).- CONCEPTO.- El concepto que de los supuestos jurídicos dan diversos autores, coincide esencialmente, y sólo existe diversidad en cuanto a su denominación, ya que también se utiliza el término "hecho jurídico", el cual no es admitido plenamente - por ser equívoco, ya que da margen a confusión con respecto a el hecho real que actualiza las consecuencias jurídicas.

Por supuesto jurídico se entiende la hipótesis - normativa que al realizarse actualiza las consecuencias de derecho, contenidas en el mismo supuesto normativo. El supuesto normativo - no tiene realidad fuera del simple enunciado normativo, solamente pertenece al ámbito de las significaciones ideales, a diferencia - del hecho jurídico que implica ya un acontecimiento que tiene la - virtud de realizar la hipótesis normativa. El hecho jurídico no necesariamente debe ser una transformación de la realidad, una modificación de lo existente, sino que se puede dar sin afectar el mundo de los hechos.

4.- Citado por García Maynez, E.- *Introducción al Estudio del Derecho*. p. 171

En este mismo sentido opina Rojina Villegas (5) al agregar a los hechos y actos jurídicos, los estados jurídicos, como formas de realización de los supuestos de derecho, debido a -- que existen múltiples consecuencias de derecho que derivan de situaciones jurídicas permanentes, como sucede con las consecuencias jurídicas que surgen del parentesco, la nacionalidad, etc., entendiéndose por estado jurídico una situación permanente de la naturaleza o del hombre, prevista en la norma jurídica como hipótesis o supuesto para producir múltiples y constantes consecuencias de derecho.

b).- CLASIFICACION.- Se suele clasificar a los supuestos jurídicos atendiendo a ciertas modalidades que pueden contener sin que se afecten en su esencia, así es como se habla de los supuestos jurídicos independientes y dependientes, los primeros tienen la virtud de producir las consecuencias jurídicas, una vez dado el hecho jurídico, sin necesidad de ningún otro elemento, en -- cambio, los supuestos jurídicos dependientes requieren estar unidos a otros, a fin de generar las consecuencias de derecho, una -- vez que se haya dado el hecho jurídico. Entre otras clasificaciones que se hacen de los supuestos normativos, la que más utilidad nos ofrece en el propósito de encontrar la forma de saber cuándo -- hay retroactividad, es la que los divide en; de eficacia diferida y de eficacia inmediata. Cuando la eficacia del supuesto normativo depende de un suceso futuro, se dice que el hecho es de eficacia -- diferida, y cuando el hecho jurídico está sujeto a un suceso cierto, se dice que depende de un término, y cuando es incierto el suceso, entónces la eficacia del hecho resulta condicional.

6.- DISPOSICION DE LA NORMA JURIDICA

a).- CONCEPTO.- En el concepto que dan los distintos autores, se hace referencia necesariamente al supuesto jurídico, -- por ser éste el que contiene de manera concreta y específica las -- consecuencias que han de producirse, una vez dado el hecho jurídico. No se puede precisar a priori cuáles han de ser las consecuen-

5.- Rafael Rojina Villegas.- *Compendio de Derecho Civil, t. I, p.71.*

cias de derecho que se deben contener en los supuestos normativos debido a que el legislador puede darle las modalidades que juzgue convenientes para obtener ciertos fines, lo que origina la variabilidad de las consecuencias jurídicas. Además, resulta difícil pensar en una deficiencia o concepto que comprenda todas las consecuencias jurídicas que deben contener los supuestos normativos. Lo que sí es posible precisar respecto de las consecuencias jurídicas, es que éstas necesariamente se reducen a dos; el deber jurídico y el derecho subjetivo.

A toda norma jurídica se le dá el carácter de imperativo-atributiva, porque impone deberes y correlativamente concede facultades, es decir, las facultades conferidas y las obligaciones impuestas por las normas jurídicas se implican de manera recíproca, por ende, las consecuencias de derecho que se contienen en un supuesto jurídico, se reducen a deberes jurídicos y derechos subjetivos, correlativamente. De acuerdo con esta consideración, es posible conceptuar a las consecuencias de derecho como los deberes que se deben de cumplir y los derechos subjetivos correlativos de aquellos, una vez que se ha producido el hecho jurídico previsto en el supuesto normativo.

b).- ELEMENTOS DE LA DISPOSICION NORMATIVA.- En la enumeración que hace Rojina Villegas (6) de los conceptos jurídicos fundamentales, además de los supuestos jurídicos y de las consecuencias de derecho, la cópula "deber ser", los sujetos de derecho o personas jurídicas, los objetos del derecho o formas de conducta jurídicamente reguladas, y las relaciones jurídicas. Destaca por su importancia, el referente a los sujetos de derecho o personas jurídicas, porque son los entes que sirven como centro de imputación de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos, porque no es posible otorgar unos e imponer otros, en abstracto, sino que necesariamente deben referirse a personas jurídicas. No obstante la importancia que representa este concepto jurídico fundamental, para efectos del presente trabajo, resulta innecesario su análisis, y por tal motivo, solamente me voy a referir a los elementos que constituyen las consecuencias de derecho de toda norma jurídica.

6.- RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Compendio de Derecho Civil*, t.1, p.68.

I.- EL DERECHO SUBJETIVO

a).- HANS KELSEN

Para el creador de la teoría pura del derecho, el derecho subjetivo es el que tiene un individuo por virtud de una norma, cuando ésta lo coloca en una posición que le permita defender sus intereses. El derecho subjetivo no es opuesto al derecho objetivo, ya que aquél sólo existe en la medida que éste lo permite, de ahí que ambos sean de la misma naturaleza.

Kelsen niega que el derecho objetivo tenga como función esencial la de instituir derechos subjetivos, y cuando hace esto, es atendiendo a razones capitalistas, como sucede con los órdenes jurídicos de esta naturaleza que toman ampliamente en cuenta los intereses privados, lo cual es supérfluo, porque lo esencial del derecho es instituir deberes jurídicos, siendo el derecho subjetivo un reflejo de aquél, ya que no es posible pensar en un derecho subjetivo si no existe el deber jurídico de un individuo de respetarnos ese derecho subjetivo,

"...En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas.." (7)

Por lo que hace a la identificación que hace Kelsen de el derecho de acción con el derecho subjetivo, se rechaza porque el derecho de acción es de carácter público, por ser correlativo de un deber impuesto por el derecho a un órgano estatal como lo es el jurisdiccional, en tanto que el derecho subjetivo es de carácter privado, por estar vinculado con un deber impuesto a un particular. La independencia de un derecho con respecto del otro, se advierte con las obligaciones naturales, en las que no existe la posibilidad de ejercitarlas coactivamente. Tanto doctrinalmente como recogido por la ley, es posible ejercitar el derecho de acción sin que se tenga derecho subjetivo, por virtud de la autonomía que

caracteriza al derecho de acción.

García Maynez (8) critica la tesis de Kelsen, en relación a los derechos subjetivos, en el sentido de que sea lo mismo la norma y el derecho subjetivo en determinada relación con un sujeto, ya que el derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto, es una autorización concedida a una persona, en cambio, la norma jurídica es el fundamento de tal facultad. Cuando una facultad jurídica no se encuentra garantizada por la acción para exigir coactivamente el respeto del derecho subjetivo, no existe en tal caso, para Kelsen, derecho subjetivo, porque el derecho a la prestación y el derecho de pedir la intervención del Estado para exigir coactivamente el respeto de aquél, son un mismo derecho en dos relaciones distintas, es decir, Kelsen identifica el derecho subjetivo con el derecho de acción.

b).- BERNARDO WINDSCHEID

Para este autor, el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico. Distingue dos sentidos que se derivan del derecho subjetivo, en un primer sentido se entiende como la facultad de exigir un comportamiento que puede consistir en una acción o en una omisión, derivada de la norma jurídica, quedando a la voluntad del titular ejercer o no lo que le pertenece en virtud de la norma jurídica. En otro sentido, por derecho subjetivo se hace referencia a la voluntad de su titular, como factor determinante en el nacimiento de los derechos subjetivos.

Las objeciones que se le formulan a la tesis expuesta, resultan completamente válidas, porque se dan casos en los que el titular de un derecho subjetivo no desea ejercitarlo, sin que por ello deje de existir el citado derecho, además de que existen ciertos sujetos de derecho que no cuentan con esta voluntad psicológica, y sin embargo, son titulares de derechos subjetivos. Asimismo, si la voluntad fuera determinante en el nacimiento de los derechos subjetivos, habría que admitir que no son tales, cuando su titular los ignore.

8.- García Maynez.- *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 194.

c).- CLASIFICACION

Se clasifican los derechos subjetivos atendiendo a diversas modalidades que facilitan su exposición, sin que ello implique una alteración a la naturaleza de los mismos.

Primeramente tenemos la división de los derechos subjetivos atendiendo al sujeto que en el ejercicio de ellos realiza una conducta, así tenemos que pueden ser; a).- Derechos a la conducta ajena y b).- Derechos a la conducta propia. Los derechos subjetivos que dependen de la conducta ajena se caracterizan por ser un sujeto distinto al titular del derecho, quien tiene que realizar una determinada conducta de acción o de omisión, para que el titular del derecho subjetivo pueda disfrutarlo. En cambio, tratándose del derecho subjetivo a la conducta propia, no se requiere ninguna conducta ajena para que el titular del derecho subjetivo lo ejerza, bastando únicamente para dicho ejercicio la sola conducta del titular del derecho subjetivo.

Desde el punto de vista del titular del derecho subjetivo, la facultad en que se traduce su derecho, recibe diversas denominaciones, atendiendo a la forma en que se manifiesta el ejercicio de su derecho; cuando la conducta propia es de acción, se le conoce como facultas agendi, en el caso de que se traduzca en una omisión, de facultas omitendi. Tratándose de la conducta ajena, el derecho que tiene el titular del derecho subjetivo se le denomina facultas exigendi. La diferencia entre las facultas agendi y las omitendi, con respecto a la exigendi, consiste en que en ésta última se determina individualmente a la persona que tiene el deber jurídico correlativo.

En otro sentido se habla de una sola conducta, la del titular del derecho subjetivo, que comprende a los tres tipos de facultades; la de hacer, omitir o de exigir, y consiste en la facultad que tiene el titular para exigir el cumplimiento de su derecho subjetivo, tanto en los derechos de crédito, como en los derechos reales.

Cuando la obligación correspondiente incumbe a uno o varios sujetos, que se determinan individualmente, se habla de un derecho relativo, y cuando el deber de respeto al derecho subjetivo no está precisado en una persona, sino que corresponde a la universalidad, se habla de un derecho absoluto.

En otra división de los derechos subjetivos, se habla de derecho subjetivo público, cuando es el Estado el sujeto obligado frente al titular del derecho, y si el obligado es un particular, entonces se dice que es un derecho subjetivo privado.

La división que resulta útil para nuestro propósito de saber cuándo existe retroactividad, es la que divide al derecho -- subjetivo en real y de crédito. En torno a esta división se ha formado una extensa literatura jurídica, compuesta de diversas teorías que señalan la posición de uno con respecto del otro, otras equiparan al derecho personal con el derecho real. Por escapar a los fines de la presente tesis, no haré referencia a las anteriores teorías, y solamente me concretaré a citar las definiciones que propone el jurista García Maynez (9), sin que sea acomodicia esta posición, por la razón expuesta.

" Derecho de crédito es la facultad que una persona, llamada acreedor tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, - una abstención o la entrega de una cosa". "Derecho real es la facultad correlativa de un deber general de respeto que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir"

9.- García Maynez, E.- *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 214.

II.- EL DEBER JURIDICO

I.- KANT

Existen dos tendencias en torno a la noción del deber jurídico, una niega que el deber jurídico y el deber moral sean diferentes, y la otra, identifica plenamente al deber jurídico con el deber moral. Dentro de la tendencia que considera que el deber-jurídico y el deber moral son la misma cosa, se encuentra la doctrina ética de Kant, en la que se destaca como factores fundamentales que sirven como fuente de obligatoriedad de una norma jurídica la autonomía y la serie de valores morales que la norma jurídica debe de contener. De esta manera, es necesario que el precepto legal tenga su origen en la voluntad del sujeto que va a cumplir con lo que la norma dispone, y que el contenido de la misma sea de carácter moral, por estar inspirada en un valor universal.

Para Kant el sujeto que cumple con lo que dispone la norma jurídica, lo hace por respeto, pero no porque la norma jurídica lo constriña a ello, y solamente cuando la norma jurídica es cumplida en estas condiciones, esto es, cuando la norma jurídica es reconocida por el sujeto como una manifestación de diversos valores morales, y la hace propia, es posible en tal caso, afirmar que existe un deber jurídico. Cuando el individuo realiza la conducta que le prescribe la norma jurídica, acata la ley por razones morales.

Dentro de la teoría ética Kantiana se reconoce como un factor fundamental, en el cumplimiento de una norma jurídica, la autonomía de quien crea la norma, negando toda aplicabilidad a la heteronomía, destacando que el derecho positivo es un conjunto de enunciaciones que prescriben la conducta que debe realizar el sujeto de derecho, y para el caso de que no cumpla en las condiciones que le marca la norma jurídica, se hará a través del poder con que cuenta el Estado, consistente en una serie de mecanismos legales capaces de hacer cumplir con lo que la norma dispone.

El cumplimiento del orden jurídico no debe radicar exclusivamente en el temor que los sujetos de derecho tengan a las sanciones que se les impondrá para el caso de que actúen de manera contraria a lo que la norma dispone, sino que existe otro factor muy importante que viene a determinar que el sujeto cumpla con la norma jurídica, y que no es otra cosa que el sentimiento del deber que tienen los sujetos de derecho con respecto a lo que la norma dispone, produciéndose con ello un cambio en el carácter de la norma jurídica, ya que pasa a ser de una norma heterónoma, a una norma autónoma. Es muy frecuente que los particulares cumplan voluntariamente con los preceptos que el legislador formula, sin pensar en las sanciones o castigos que les sobrevendrían para el caso contrario, en virtud de que el contenido de las normas jurídicas consagran principios de un valor universal, y por esta razón, el derecho y la moral, concebidos ambos en relación con el deber jurídico, son una y la misma cosa.

b).- KELSEN

Para el creador de la teoría pura del derecho, el deber jurídico no tiene ninguna relación con el deber moral, y el sujeto se encuentra en un deber jurídico cuando la norma legal le prescribe una conducta determinada, vinculando una sanción a la conducta contraria. "un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida de que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción". (10)

Para Kelsen, el establecimiento de derechos subjetivos no constituye una función esencial del derecho, ya que es posible imaginar un orden jurídico que no los contenga, y señala como una de las funciones esenciales del derecho, la determinación de deberes y responsabilidades jurídicas para los sujetos de derecho. En esta consideración se destaca fundamentalmente la importancia que tiene el deber jurídico, como uno de los elementos esenciales de todo derecho, y solamente cuando existen deberes jurídicos, se puede hablar de la existencia de un sistema jerárquicamente ordenado de normas jurídicas.

10.- KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*. p. 121.

c).- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO

Para este jurista, el deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, - concedida a otra y otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa. Expresado en otro giro; tenemos el deber de - hacer (o de omitir algo) si carecemos del derecho de optar entre hacerlo y omitirlo.

La anterior idea que nos dá García Maynez del deber - jurídico, se desprende del análisis que formula de las relaciones- esenciales de carácter formal, que encuentra entre las dos manifes- taciones de las consecuencias de derecho, esto es, las conexiones- que se dan entre deber jurídico y derecho subjetivo. Señala una se- rie de axiomas y teoremas que en su conjunto constituyen la llama- da ontología formal del derecho.

-Los axiomas que forman la ontología formal del dere-- cho, y que precisa cláramente García Maynez, son:

1.- AXIOMA DE INCLUSION.- Todo lo que está jurídicamen- te ordenado, está jurídicamente permitido.

2.- AXIOMA DE LIBERTAD.- Lo que estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libre- mente hacerse u omitirse.

3.- AXIOMA ONTOLOGICO-JURIDICO DE CONTRADICCION.- La - conducta jurídicamente regulada no puede hallarse al - propio tiempo prohibida y permitida.

4.- AXIOMA ONTOLOGICO-JURIDICO DE EXCLUSION DEL MEDIO.- Si una conducta está jurídicamente regulada, o está -- permitida o está prohibida.

5.- AXIOMA DE IDENTIDAD.- Lo que está jurídicamente -- prohibido está jurídicamente prohibido, lo que está ju- rídicamente permitido está jurídicamente permitido; es- to es, todo objeto de concocimiento jurídico es identi- co a sí mismo.

En mi opinión, toda norma determina la conducta que un sujeto debe de realizar, esto es, toda norma crea deberes, así -- por ejemplo, las normas de caracter religioso, moral y del trato social, señalan la forma en que debe de actuar el individuo para que se considere como una conducta apegada a lo religioso, a lo moral y al trato social. Igualmente, desde el punto de vista jurídico, una persona está obligada cuando la norma jurídica le señala la manera en que debe de actuar, debiéndose precisar ahora cuál es la diferencia que existe entre el deber jurídico y los distintos deberes que se derivan de las normas religiosas, morales y del trato social, para poder precisar la esencia del deber jurídico, y destacar fundamentalmente su autonomía.

Definitivamente considero que el deber jurídico es distinto a los demás deberes, sin olvidar, claro, que el contenido del deber jurídico coincida con lo que las demás normas señalen, pero que tratándose del deber jurídico, existen ciertas características que lo diferencian y lo hacen independiente de los demás, lo cual permite observar claramente cuándo estamos en presencia de un deber jurídico, ya que en algunas ocasiones el deber jurídico no corresponde al contenido de las demás normas.

El deber jurídico es independiente de las demás normas, como se puede observar en aquellos casos en los que se dispone una obligación para determinados sujetos, sin que comprenda ningún contenido de caracter religioso o moral, y no obstante ello, no se niega que se trata de un verdadero deber jurídico. A manera de ejemplo podemos señalar el deber jurídico que tienen los jueces de cumplir con ciertas garantías de defensa y de prueba en favor de los sujetos que constituyen la trilogía procesal, sin que en este caso se pueda afirmar que el deber jurídico impuesto al órgano jurisdiccional, tenga un caracter religioso, moral o del trato social.

Existe un deber jurídico cuando la norma jurídica - dispone una sanción para el caso de que el sujeto de derecho realice la conducta contraria a la que se contiene como deber jurídico, esto es, en tanto que se deba imponer una sanción a quien se comporta de manera contraria a lo preceptuado por la norma jurídica, es claro que existe un deber jurídico. El deber jurídico existirá cuando en el derecho positivo esté previsto el mecanismo que hace posible la imposición de una sanción al sujeto que no realiza la conducta que le marca la norma jurídica.

7.- CONCLUSION; FORMA DE SABER CUANDO EXISTE RETROACTIVIDAD DE LA LEY

En el desarrollo del presente trabajo analicé primeramente las fuentes del derecho, y concretamente las fuentes formales del mismo, en donde hice una exposición general de las posturas ideológicas que le dan contenido y forma a las normas jurídicas, y concluí que para efectos del presente trabajo, esto es, para el propósito de saber cuándo existe retroactividad de la ley, - nos ibamos a guiar con la postura del positivismo jurídico, haciendo abstracción de cuestiones valorativas y axiológicas, respecto - del contenido de las normas jurídicas, concretándonos de manera exclusiva a la forma que revisten, por ser este el criterio lógico-jurídico que debe imperar en el análisis y determinación de la retroactividad de la ley.

Igualmente, me referí a otras manifestaciones del derecho que resultan interesantes en relación con la retroactividad de la ley, como lo son la jurisprudencia y la costumbre, entre otras, a las que se les atribuye el caracter de fuentes del derecho y que concluí que carecen del caracter de fuentes formales del derecho, y de que no es posible que se pueda manifestar la retroactividad en la jurisprudencia y en la costumbre.

El problema de determinar cuándo existe retroactividad de una ley, debe ser resuelto a través de la técnica jurídica, aplicando una interpretación correcta en el campo de la lógica jurídica, haciendo referencia y tomando como punto de partida la determinación del ámbito temporal de validéz de la norma jurídica

en donde se precise el inicio de la vigencia de la ley, por ser precisamente en este punto donde surge la posible aplicación retroactiva de la ley, al tener como presupuestos necesarios a una ley que deja de tener vigencia, y la ley que inicia su imperio legal.

la retroactividad de la ley no se presenta únicamente en su aplicación, sino que también se puede dar la retroactividad intrínseca del contenido de la norma jurídica, debido a que algunas normas jurídicas pretenden una aplicación de hechos que se dieron con anterioridad, así como también, se dá la retroactividad en lo dispuesto por los artículos transitorios, y esto sucede cuando en dichos artículos se indica que la nueva ley abarcará hechos realizados con anterioridad al inicio de su vigencia. Con esta afirmación destaco que la retroactividad no corresponde únicamente a la aplicación que el juzgador o las autoridades administrativas hacen de las normas jurídicas, sino que también puede originar esta figura jurídica el legislador.

En relación con las teorías, tesis y opiniones que tratan la retroactividad de la ley, considero que no explican de manera satisfactoria cuándo se dá la retroactividad, tanto en su aplicación como en su confección, ya que algunas de ellas tratan el tema superficialmente, no en su esencia, y otras se concretan a indicar los hechos que sí pueden ser afectados retroactivamente por razones de carácter público, pero sin proporcionar un criterio jurídico valedero tanto en su concepción teórica como en su aplicación práctica.

Por mi parte, el problema de la retroactividad debe ser resuelto por las proposiciones que formule la ciencia del derecho, en virtud de que la opinión que se vierta para precisar la retroactividad de la ley, debe tener validéz en todo el derecho positivo, esto es, para que sea valedera la opinión que se dé respecto de este problema, debe ser aplicable a cualesquiera de las ramas en que por razones didácticas se divide el derecho. Además, la retroactividad se presenta dentro del derecho positivo, y siendo el derecho vigente el objeto de estudio de la ciencia del derecho, resulta pues, que la solución que se formule en torno a la

retroactividad deberá de provenir de la ciencia del derecho.

La ciencia del derecho, como toda ciencia, parte de una serie de principios universalmente válidos en toda su estructura-normativa, que le permiten hacer proposiciones valederas en todo su campo de aplicación, y de esta manera es como surgen una serie de conceptos fundamentales que constituyen al derecho en general, destacándose fundamentalmente como punto central del derecho, la norma jurídica, esta es la manifestación más clara y precisa - del ordenamiento jurídico, en torno a la cual giran todas las conductas que jurídicamente se contienen en un régimen de derecho.

La retroactividad de las leyes, tiene como pre supuestos necesarios a dos normas jurídicas, una que deja de tener vigencia, y la otra que tiene a regular de manera distinta -- las conductas a que se refería la anterior ley. Solamente en las normas jurídicas, concretamente en el surgimiento de una nueva -- norma jurídica, es cuando se puede presentar la retroactividad, -- por tal motivo, el estudio de la retroactividad se debe centrar -- fundamentalmente en el análisis de la norma jurídica, por ser en esta de donde se deriva la posibilidad de que surja dicha figura jurídica y no en otra manifestación del derecho.

En virtud de ser objeto de estudio de la ciencia del derecho el problema de la retroactividad, la solución que se dé para este problema, debe salir de dicha ciencia, y tener -- aplicación a todas las ramas del derecho, y debido a que todas -- las ramas del derecho giran esencialmente en torno de la norma jurídica, nos debemos de referir al análisis de la norma jurídica.

Siguiendo la postura positivista, en toda norma jurídica se destacan como conceptos jurídicos fundamentales; el -- supuesto normativo y las consecuencias de derecho, como elementos esenciales de todo precepto legal. El supuesto jurídico es la hipótesis normativa que al realizarse actualiza las consecuencias -- de derecho contenidas en dicho supuesto normativo, y las consecuencias de derecho se traducen concretamente en el deber jurídico -- y su correlativo derecho subjetivo. En mi opinión, para saber -- cuándo hay retroactividad de una ley, es necesario referirse a es

tos dos elementos fundamentales de toda norma jurídica.

Una ley es retroactiva cuando viene a afectar las -- consecuencias de derecho que corresponden a un hecho que ya se - ha realizado con anterioridad a su vigencia, no obstante de que aun no se hayan cumplido los deberes que se contienen en la parte dispositiva de la norma, o que se haya ejercitado el derecho-subjetivo que concede la norma jurídica. En esta consideración - resulta fácil precisar en cada caso concreto, independientemente de la rama del derecho de que se trate, cuándo una nueva ley se está aplicando de manera retroactiva, sin que dicha facilidad va ya en menoscabo de la validéz de esta posición. La norma jurídica contiene una conducta que debe realizar el sujeto de derecho, la cual una vez realizada, origina ciertas consecuencias de derecho, y en estas condiciones, cuando el hecho a que se refiere el su-- puesto normativo se ha realizado con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, no obstante de que no se hayan cumplido en su - totalidad las consecuencias de derecho, para la nueva ley resultan intangibles las citadas consecuencias de derecho, de lo contrario incurrirá en una aplicación retroactiva, debido a que las consecuencias de derecho se actualizan ipso facto, en el momento mismo en que se realiza la hipótesis normativa, no obstante de - que las consecuencias de derecho se realicen con posterioridad.

Cuando el supuesto jurídico, entendido como una hipóte-- sis normativa, se realiza, las consecuencias de derecho que el - mismo supuesto jurídico señala, ipso facto se actualizan, sin que se afecte esto por la realización o no realización inmediata de - las citadas consecuencias de derecho, ya que la relación que existe entre el supuesto jurídico y la realización efectiva de las -- consecuencias de derecho, es de caracter contingente, a diferen-- cia de la conexión o enlace que existe entre la realización del - supuesto normativo y la producción de las consecuencias jurídicas, que es de caracter inmediato o ipso facto.

Lo anterior se confirma al recordar que la existencia de un deber jurídico no implica indefectiblemente su observancia, ya que en muchos casos el sujeto de derecho no cumple con el de-- ber jurídico que tiene, en el preciso momento en que se actualiza,

ya sea porque así se disponga en la propia norma, es decir, cuando la parte dispositiva señala el diferimiento del cumplimiento del deber jurídico, o bien, que fraudulentamente evada su cumplimiento el sujeto de derecho. Lo mismo sucede con el titular de un derecho subjetivo, pues no siempre lo ejercita o lo hace valer al momento en que se actualiza, ya sea porque no quiera hacerlo, o incluso, porque desconozca la existencia de dicho derecho.

Cabe hacer la aclaración de que la hipótesis normativa y las consecuencias de derecho de una norma jurídica, pueden estar contenidas en varios artículos de una ley, y no necesariamente deben estar en un sólo artículo, por tal motivo, es necesario analizar la norma jurídica de manera conjunta con todos los artículos que la integran, y no de manera aislada respecto de uno o algunos de los artículos de la ley.

Generalmente se pone como ejemplo para verificar si una opinión explica satisfactoriamente la retroactividad, el de los contratos que están sujetos a término o condición, y concretamente, cuando estas modalidades se realizan una vez que a entrado en vigor otra ley que regula de distinta manera al contrato que se celebró, y con ello resulta la duda respecto de la ley que debe regir a la condición o término que se realizó durante el imperio de la nueva ley. En mi opinión, siguiendo la idea que propongo para distinguir la retroactividad, considero que en este caso la norma jurídica aplicable es la que estaba en vigor al momento de celebrarse el contrato respectivo que contiene en su clausulado a la condición o término, y no la nueva ley, no obstante de que la condición o el término se hayan realizado durante la vigencia de ésta última.

Al celebrarse un determinado contrato, las partes contratantes están obligadas desde ese momento, en las condiciones y términos que quisieron establecerlo, existiendo conformidad con lo que la norma jurídica dispone, y los efectos que produce el contrato, corresponden a las consecuencias jurídicas, mismas que se han actualizado en el preciso momento en que se concluyó la celebración del contrato, aun y cuando el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos que se deriven del -

contrato, se haga con posterioridad a la fecha de la celebración del mismo, llegando, incluso, a cumplirse con las consecuencias de derecho, bajo la vigencia de otra ley que regula de manera distinta ese tipo de contratos, sin que puedan ser afectadas las consecuencias de derecho, por la nueva ley, a menos de que incurra en una aplicación retroactiva.

Tratándose de la condición o el término que contiene un contrato, no quiere decir que las consecuencias de derecho que se derivan del contrato deban ser regidas por la nueva ley, cuando la condición o el término se realizan durante la vigencia de ésta, debido a que la condición o el término no suspenden las consecuencias de derecho, es decir, estas modalidades de los contratos no retardan el surgimiento de las consecuencias de derecho, sino su ejecución es lo que difieren, ya que la obligación de ejecutar lo convenido existe desde el momento en que el contrato se configuró. En estas consideraciones, una ley es retroactiva cuando viene a afectar el contrato celebrado con anterioridad a su vigencia, a pretexto de que las consecuencias de derecho se realizaron durante su vigencia, debido a que la condición o el término se ejecutaron al estar ya en vigor la nueva ley.

El hecho jurídico que se refiere el supuesto normativo, actualiza las consecuencias de derecho en el preciso momento en que se ha cumplimentado en su totalidad, de tal manera que, para saber si una norma jurídica se ha realizado, es menester verificar si el hecho jurídico que contiene el supuesto normativo, se realizó en su totalidad, así como también, es necesario precisar el momento en que se cumplimentó totalmente el hecho jurídico, y si éste se cumplimentó todavía durante la vigencia de la ley precedente, ésta es la que debe regular las consecuencias que legalmente le correspondan, y no la nueva ley que ha entrado en vigor. En cambio, si el hecho jurídico a que se refiere el supuesto normativo se realizó durante la vigencia de la nueva ley, aun y cuando se haya iniciado su realización bajo la ley anterior, pero que no terminó de cumplimentarse en su totalidad, antes del inicio de la vigencia de la nueva ley, ésta es a la que le corresponde regular al citado hecho jurídico.

Un ejemplo aplicable a la anterior consideración es el artículo 877 del Código Civil del Distrito Federal, en el que se dispone de manera general que, cuando un particular encuentra un tesoro en propiedad de un tercero, el descubridor tiene derecho a la mitad del tesoro descubierto, y la otra mitad le corresponde al propietario del sitio. Supongamos que el descubridor inicia los trabajos propios a su propósito y estando muy avanzado en los trabajos respectivos, sin encontrar aun ningún tesoro, entra en vigor una nueva disposición que señale que en tal situación el descubridor únicamente tiene derecho a percibir una tercera parte del tesoro descubierto, y las otras dos terceras partes al propietario del sitio, y si el descubridor encuentra el tesoro en la fecha en que ha entrado en vigor la nueva disposición, debe ser la nueva ley la aplicable a dicho caso, no obstante que el descubridor inició su trabajo durante la vigencia de la ley anterior, sin que ello signifique retroactividad.

Capítulo Quinto

LA RETROACTIVIDAD EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

- I.- INTRODUCCION
- 2.- NECESIDAD DE LA PROHIBICION DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES CONSIGNADA EN LA CONSTITUCION
- 3.- AUTORIDADES QUE SE ENCUENTRAN SOMETIDAS AL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES
- 4.- REFORMAS CONSTITUCIONALES RETROACTIVAS, Y LOS PRINCIPIOS DE RIGIDEZ Y SUPREMACIA CONSTITUCIONAL
- 5.- ESTUDIO DE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS JUECES FEDERALES PARA ANALIZAR Y DECLARAR LA INCOSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY, EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

I.- INTRODUCCION

Es interesante referirnos al problema de la retroactividad en el marco constitucional, porque existen muchos criterios jurídicos que consideran aplicar retroactivamente una ley, alegando razones como el interés público, entre otras, lo que origina una cuestión muy interesante, concretamente el cuestionamiento de si se puede dar la retroactividad en la Constitución. Igualmente aparecen diversos temas que obligan la inclusión de un capítulo que se refiera a la retroactividad desde el punto de vista de la Ley Fundamental.

2.- NECESIDAD DE LA PROHIBICION DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES CONSIGNADA EN LA CONSTITUCION

En el artículo 14 Constitucional se dispone expresamente lo siguiente:

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

De acuerdo con lo anterior, nuestra Ley Fundamental consagra como una de las garantías de seguridad jurídica, en favor de los gobernados, el principio de la no retroactividad de las leyes, cuando afecte a alguna persona, y se ha interpretado en sentido contrario para sostener que es procedente aplicar retroactivamente una ley, siempre y cuando no se cause ningún perjuicio a persona alguna, interpretación que nuestro más Alto Tribunal ha constituido en jurisprudencia firme.

Considero que es imprescindible la consignación en nuestra ley Fundamental, del principio de la no retroactividad de las leyes, en virtud de que dentro del derecho positivo, se aplica y se formula el derecho en los mismo términos en que la Ley Fundamental lo dispone, y suponiéndose que no se consagrara el citado principio, jurídicamente es procedente la aplicación retroactiva que se haga de la ley, no obstante que con ello se causen perjuicios a los particulares, aun sobre el principio de la seguridad jurídica. En esta consideración se puede observar la importancia que reviste el reconocimiento que hace el consti-

tuyente, del principio de la no retroactividad de las leyes, -- cuando sea en perjuicio de alguna persona, ya que de no existir este principio, todo el orden jurídico estaría afectado de una incertidumbre general, derivada del capricho que en un momento dado pudiera influir en el legislador, al formular disposiciones legales que pretendiesen una aplicación retroactiva, además, en la misma situación se encontrarían los órganos administrativos- y jurisdiccionales, quienes al aplicar la ley, pueden hacerlo - legalmente de manera retroactiva, debido a que no existe fundamento legal que les indique lo contrario.

3.- AUTORIDADES QUE SE ENCUENTRAN SOMETIDAS AL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

En nuestra anterior Constitución, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de --- 1857, en su artículo I4 se disponía lo siguiente:

"No se podrá expedir ninguna ley retroactiva.." (I)

En la Constitución que actualmente nos rige se contiene este principio de la siguiente manera:

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

De la confrontación que se hace de los citados artículos Constitucionales, se advierte una aparente distinción respecto del sujeto de derecho al que se se dirigen, pues en el primero de los artículos citados se desprende que se refería de manera - exclusiva al legislador, al disponer la prohibición de no expedir ninguna ley retroactiva, sin referirse en lo absoluto a otras autoridades distintas al legislador, que pudieran aplicar la ley - con efectos retroactivos. En cambio, de la redacción del artículo I4 de la actual Constitución, se considera que el Constituyente se refiere de manera particular al órgano jurisdiccional y a las autoridades administrativas, con la prohibición de aplicar - de manera retroactiva una ley, y no comprende al propio legislador.

I.- FRANCISCO ZARCO.- *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente. (1856-1857). p. 1346.*

De la redacción que hizo la Constitución de 1857 del principio de la no retroactividad de las leyes, y en el caso de que únicamente se refería al legislador, no obstante esto, se -- protegía de manera correcta la seguridad jurídica de los gobernados, debido a que, en principio, por virtud de este principio, -- para el caso de que existiera una ley con este vicio, sería contraria a la Constitución, por ende, carente de validez jurídica--debiéndosele negar cualquier aplicación por parte del órgano jurisdiccional y de las autoridades administrativas.

En el supuesto de que no existiera, bajo el régimen de la Constitución anterior, ninguna ley retroactiva, igualmente estaba asegurada la esfera jurídica del gobernado, bajo la redacción del principio a que hacemos referencia, en virtud de que -- las autoridades jurisdiccionales y las administrativas, estaban impedidas para aplicar de manera diversa una ley, y al no existir ninguna ley que pretendiese efectos retroactivos, las autoridades citadas no podrían darle dichos efectos, en consecuencia, al aplicar correctamente la ley, resulta difícil pensar que legalmente pudiese haber una aplicación con efectos retroactivos cuando no deriva de la misma ley.

De acuerdo con la redacción que hace de este principio la Constitución actual, algunos autores consideran que la prohibición va dirigida al órgano jurisdiccional y a las autoridades administrativas, y no así al legislador común, quien sí puede -- dictar leyes retroactivas, lo que ha originado una serie de argumentos en contra y a favor, pero que en mi opinión resultan intrascendentes para la finalidad que se persigue con este principio, a saber; la seguridad jurídica de los gobernados, de que no podrán ser afectados por leyes que se expidan con posterioridad, afectando hechos sucedidos con anterioridad a la vigencia de -- las nuevas leyes, y que de acuerdo con la redacción actual se -- cumple con esta finalidad.

En efecto, suponiendo que efectivamente la prohibición estuviese encaminada de manera particular para el órgano jurisdiccional y las autoridades administrativas, y no así para el legislador, y por tal motivo el legislador emitiera una ley con efectos retroactivos, las autoridades jurisdiccionales y administrativas, por virtud de este principio, no le darán ninguna aplicación a esa ley, con lo que se cumple con el propósito de este principio consagrado como una garantía individual.

4.- REFORMAS CONSTITUCIONALES RETROACTIVAS, Y LOS PRINCIPIOS DE RIGIDEZ Y SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

En el artículo 135 de la Constitución vigente, se dispone lo siguiente:

"La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde la reforma o adición, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas".

Como señalé anteriormente, el proceso que se debe de seguir para la reforma o adición de los artículos Constitucionales, que no contienen principios fundamentales, es sumamente escrupuloso y de una mayor dificultad en su realización, que el de las leyes secundarias, debido, entre otras razones, a la importancia y trascendencia que representa una adición o modificación a la Ley Fundamental.

Cuando se ha seguido el procedimiento a que se refiere el artículo citado, la reforma o adición que a la Constitución se le hace, puede suscitar un cuestionamiento respecto de la posible retroactividad que se derive de su aplicación, por tal motivo, en este punto analizaré si es posible que se pueda dar la retroactividad en la Constitución.

Para saber si es posible que se pueda dar la retroactividad en la Constitución, es necesario hacer una distinción esencial, a saber; cuando se trata de la aplicación de una nueva Constitución que viene a suplir a la anterior, y, cuando se trata simplemente de una reforma o adición que se le hace a la misma Constitución.

Tratándose de la formulación y aplicación de toda una nueva Constitución, resulta cierto que no puede hablarse de ninguna manera, que exista retroactividad, desde el punto de vista jurídico. Al momento de entrar en vigor una nueva Constitución - a partir de ese momento ha empezado a tener vigencia un sistema de normas jurídicas, totalmente desvinculado del que con anterioridad pudo haber existido, lo que hace procedente la afirmación de que la aplicación que se hace de la nueva Constitución, está desvinculada del orden jurídico precedente, pues de lo contrario no sería una Ley Fundamental, por estar sujeta al orden jurídico anterior, y al no existir ninguna vinculación del nuevo orden jurídico que se establece conforme a la nueva Constitución, falta uno de los presupuestos lógico-jurídicos que señalé como requisitos sine qua non para que se pueda dar la retroactividad, consistente en la presencia de dos leyes, una que deja de tener vigencia, y la otra que viene a suplirla, ambas pertenecientes a un mismo orden jurídico.

Tratándose de una ley nueva que pertenece a diverso sistema jurídico, pretender señalar que tiene aplicación retroactiva, al afectar hechos sucedidos al amparo de una ley de otro sistema jurídico, resulta difícil pensar siquiera que se pueda dar dicha situación, por lo tanto, afirmo que para darse la retroactividad, se requiere de la presencia de la ley que deja de tener vigencia y la que inicia su vigencia, pertenecientes ambas a un mismo sistema jurídico.

Con la anterior idea, llevada al campo de la aplicación de la Ley Fundamental, falta uno de los presupuestos necesarios para que se pueda presentar la posibilidad de la retroactividad, consistente en otra norma o ley que deja de tener vigencia, y en atención a que al entrar en vigor la nueva Cons-

titución, deja de tener cualquier vinculación con el orden jurídico precedente, y por lo tanto, no se puede pensar que exista una aplicación retroactiva de la Constitución, al no existir la ley anterior con la cual se pueda presentar la retroactividad.

Por otro lado, se puede pensar que la ley precedente sería la Constitución anterior, pero al referir la nueva Constitución al sistema jurídico de la Ley Fundamental anterior, para que se puedan dar los presupuestos necesarios que requiere la retroactividad, jurídicamente no estaríamos en presencia de una -- nueva Constitución, por carecer de una cualidad esencial de toda Ley Fundamental, su primacía.

Como ejemplo de la retroactividad Constitucional, cuando entra en vigor una nueva Constitución, el artículo 27 de la actual Constitución, en su fracción VIII, dispone lo siguiente:

" art. 27.-...

frac. VIII.- Se declaran nulas:

a).- Todas las enajenaciones de tierras, aguas y -- montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por los jefes políticos, gobernadores de los Estados, o cualquiera otra autoridad local, en contravención a lo dispuesto en la ley de 25 de junio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas".

De acuerdo con este artículo Constitucional, se están afectando hechos acaecidos con anterioridad al inicio de la vigencia de la actual Constitución, además de los otros incisos y fracciones que este mismo precepto contiene, sin que se pueda considerar que exista una aplicación retroactiva, por las consideraciones expuestas, además del sentido de justicia social que busca en su razón histórica.

Tratándose de las reformas y adiciones que se le pueden hacer a la Constitución vigente, sí es posible que se presente la retroactividad en tales reformas o adiciones, pero no significa que no puedan aplicarse de manera retroactiva. Cuando las reformas o adiciones están regulando hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, se configura la retroactividad, pero en virtud del rango de esta norma jurídica, resulta procedente su aplicación con efectos retroactivos, atendiendo al sistema jerárquicamente ordenado de las normas jurídicas, ya que de lo contrario se le estaría negando a la Constitución su primacía y el carácter de Ley Fundamental, al no poder legislar de la manera que lo juzgue conveniente.

Sin embargo, no se debe soslayar que este tipo de reformas y adiciones son atentatorias a la seguridad jurídica, que es un punto fundamental al que se debe cuidar en todo orden jurídico, de ahí que sea recomendable evitar en la medida de lo posible, reformas o adiciones a la Constitución con pretensión de efectos retroactivos.

5.- ESTUDIO DE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS JUECES FEDERALES PARA ANALIZAR Y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY, EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES.

El principio de la no retroactividad de las leyes, contenido en el artículo 14 Constitucional, significa una prohibición para las autoridades de aplicar una ley de manera retroactiva, sin que se distinga al tipo de autoridad a que se refiere, de ahí que estén obligados conforme a este artículo, las autoridades locales y Federales, dependientes del órgano jurisdiccional. Por otro lado, una ley sólo puede ser cuestionada y declarada como inconstitucional, por jueces federales, y no así por los jueces del orden común, y en esta consideración se desprende -- que al emitir una ley con efectos retroactivos, el legislador, el juez común carece de facultad para declararla inconstitucional, y por tal motivo dejar de aplicarla, por corresponder de manera exclusiva a los jueces Federales esta facultad, quedando la disyuntiva de si debe de prevalecer el principio del artículo 14 -

Constitucional, o bién, el impedimento que tienen los jueces del orden común para declarar inconstitucional una ley, y por tal motivo dejar de aplicarla.

Considero que el juez común debe de abstenerse de darle aplicación a una ley que pretende efectos retroactivos, en -- virtud de que con ello no está declarando la inconstitucionalidad de la ley, facultad que únicamente le corresponde a un Juez Federal, y por tratarse de una garantía individual del gobernado la que prevalece, haciendo a un lado la discusión que existe de-- si son derechos naturales del hombre, o bién, son prerrogativas que otorga el Estado a sus gobernados, el hecho es que ahí está esta garantía, y debe de ser respetada siempre por todas las au-- toridades.

CONCLUSIONES

- I.- Dentro de la postura ideológica del iusnaturalismo, no tiene cabida el tema de la retroactividad.
- 2.- La retroactividad de la ley debe ser explicada dentro de la postura ideológica del positivismo jurídico.
- 3.- El proceso legislativo es la principal fuente formal del derecho.
- 4.- La retroactividad no se presenta en la jurisprudencia ni en la costumbre.
- 5.- La retroactividad puede derivar intrínsecamente de la ley, o de su aplicación que haga la autoridad, esto es, la retroactividad puede estar contenida en el ámbito material de la ley, o derivar de la aplicación que la autoridad haga de una ley.
- 6.- Las leyes autoaplicativas, los artículos transitorios y el contenido material de la norma jurídica, son formas a través de las cuales se puede presentar la retroactividad en la formulación de la ley, independientemente de su aplicación.
- 7.- En el estudio de la norma jurídica se encuentra la solución al problema de la retroactividad.
- 8.- Existe retroactividad de una ley, cuando afecta las consecuencias de derecho derivadas de la realización de un hecho previsto en la norma jurídica como supuesto normativo, cuando el hecho se realizó en su totalidad bajo la vigencia de la ley anterior.
- 9.- Todo sistema jurídico debe prohibir la retroactividad de la ley, y al no hacerlo, legalmente se autoriza la aplicación con efectos retroactivos de una ley, en contra de la seguridad jurídica de los gobernados.

- I0.- Con la redacción actual del principio de la no retroactividad de las leyes, contenida en el artículo I4 Constitucional, se impide la aplicación retroactiva en contra de los gobernados, comprendiendo de manera práctica a todas las autoridades.
- II.- No existe retroactividad cuando entra en vigor una nueva Constitución.
- I2.- Sí es posible que se pueda dar la retroactividad, tratándose de las reformas y adiciones a la Constitución.
- I3.- En nuestro sistema jurídico, es correcta la aplicación retroactiva de las reformas y adiciones Constitucionales, no obstante del principio de la no retroactividad de las leyes.
- I4.- Los jueces del orden común deben de abstenerse de aplicar retroactivamente una ley, cuando la propia ley es retroactiva - en su pretensión de validéz.

BIBLIOGRAFIA

- AUSTIN, JOHN.- Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia, Editora Nacional, México, 1974
- BODENHEIMER, EDGAR.- Teoría del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México. 1964
- BURGOA O., IGNACIO.- Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México. 1973
- El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa, S.A., México. 1970
- Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, S.A., México. 1972
- CARRILLO PRIETO IGNACIO, ESQUIVEL PEREZ JAVIER, PEREZ CARRILLO AGUSTIN, SCHMILL ORDONEZ ULISES y J. VERNEJO ROBERTO.- Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho. U.N.A.M., México. 1979
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.- Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A., México. 1980
- Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo.- U.N.A.M., México. 1977
- HANS KELSEN.- Teoría General del Estado, Editora Nacional. México. 1972
- Teoría Pura del Derecho, EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina. 1963
- LATORRE, ANGEL.- Introducción al Derecho.- Editorial Ariel, España, 1974
- NORIEGA C., ALFONSO.- La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. U.N.A.M., 1967

RECASENS SICHES, LUIS.- Introducción al Estudio del Derecho.- Editorial Porrúa, S.A., México. 1979

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Compendio de Derecho Civil. Tomo I., Editorial Porrúa, S.A., México. 1972

SCHREIER, FRITZ.- Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho, Editora Nacional, México. 1975

SERRA ROJAS, ANDRES.- Derecho Administrativo, Tomo I. Editorial Porrúa, S.A., México. 1976

ZARCO, FRANCISCO.- Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857), El Colegio de México, México. 1956

I N D I C E

LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

PROLOGO

Capítulo Primero

LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA RETROACTIVIDAD

| | pag. |
|---|------|
| 1.- INTRODUCCION ----- | 1 |
| 2.- ANALISIS GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO ----- | 1 |
| A.- <i>El positivismo jurídico</i> ----- | 3 |
| B.- <i>El iusnaturalismo</i> ----- | 7 |
| 3.- LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO ----- | 13 |
| a).- <i>Concepto</i> ----- | 13 |
| 4.- CLASIFICACION DE LAS FUENTES FORMALES ----- | 14 |
| a).- <i>La ley</i> ----- | 14 |
| b).- <i>El proceso legislativo</i> ----- | 15 |
| c).- <i>La jurisprudencia</i> ----- | 22 |
| d).- <i>La costumbre</i> ----- | 25 |

Capítulo Segundo

LA RETROACTIVIDAD COMO PROBLEMA QUE SE PRESENTA A LA TECNICA JURIDICA

| | |
|---|----|
| 1.- INTRODUCCION ----- | 27 |
| 2.- INTERPRETACION DE LA NORMA JURIDICA ----- | 28 |
| 3.- AMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA NORMA JURIDICA ----- | 34 |
| 4.- INICIO DE VIGENCIA DE LA NORMA JURIDICA ----- | 35 |
| 5.- LAS LEYES AUTOAPLICATIVAS Y LAS HETEROAPLICATIVAS ----- | 39 |
| 6.- LA RETROACTIVIDAD EN LOS ARTICULOS TRANSITORIOS ----- | 40 |
| 7.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD ----- | 42 |

Capítulo Tercero

ALGUNAS TEORIAS, TESIS Y OPINIONES QUE ESTUDIAN LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

| | | |
|---|-------|----|
| 1.- INTRODUCCION | ----- | 36 |
| 2.- TEORIA CLASICA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LAS ESPECTATIVAS DE DERECHO | ----- | 37 |
| 3.- IDEA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE BRAUDY-LACANTINERIE Y HOUQUES FOURCADE | ----- | 38 |
| 4.- TESIS DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE AUBRY ET RAU | ----- | 49 |
| 5.- IDEA DE LA ADQUISICION Y EXISTENCIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE SAVIGNY | ----- | 50 |
| 6.- TESIS DE BONNECASE | ----- | 51 |
| 7.- TEORIA Y CONSIDERACIONES DE LA TESIS DE PAUL RUBIER | ----- | 52 |
| 8.- CRITICA A LA PROPOSICION DE CAPITAN | ----- | 53 |
| 9.- TESIS DE LAS CONCAUSAS DEL MAESTRO IGNACIO BURGOA | ----- | 54 |

Capítulo Cuarto

OPINION QUE PROPONGO PARA PRECISAR CUANDO EXISTE RETROACTIVIDAD DE LA LEY

| | | |
|--|-------|----|
| 1.- INTRODUCCION | ----- | 58 |
| 2.- LA RETROACTIVIDAD COMO OBJETO DE ESTUDIO DE LA CIENCIA DEL DERECHO | ----- | 59 |
| 3.- LA NORMA JURIDICA COMO OBJETO CENTRAL EN LA DETERMINACION DE LA RETROACTIVIDAD | ----- | 60 |
| 4.- LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DE LA NORMA JURIDICA | ----- | 61 |
| 5.- LOS SUPUESTOS JURIDICOS | ----- | 62 |
| a).- Concepto | ----- | 62 |
| b).- Clasificación | ----- | 63 |
| 6.- DISPOSICION DE LA NORMA JURIDICA | ----- | 63 |
| a).- Concepto | ----- | 63 |
| b).- Elementos de la disposición normativa | ----- | 64 |

| | | |
|---|-------|----|
| 1.- El derecho subjetivo | ----- | 65 |
| a).- Hans Kelsen | ----- | 65 |
| b).- Bernardo Windscheid | ----- | 66 |
| c).- Clasificación | ----- | 67 |
| 2.- El deber jurídico | ----- | 69 |
| a).- Kant | ----- | 69 |
| b).- Hans Kelsen | ----- | 70 |
| c).- Eduardo García Maynez | ----- | 71 |
| 7.- CONCLUSION: FORMA DE SABER CUANDO EXISTE RETROACTIVIDAD DE LA LEY | ----- | 73 |

Capítulo Quinto

LA RETROACTIVIDAD EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

| | | |
|---|-------|----|
| 1.- INTRODUCCION | ----- | 81 |
| 2.- NECESIDAD DE LA PROHIBICION DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES, CONSIGNADA EN LA CONSTITUCION | ----- | 81 |
| 3.- AUTORIDADES QUE SE ENCUENTRAN SOMETIDAS AL PRINCIPIO DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES | ----- | 82 |
| 4.- REFORMAS CONSTITUCIONALES RETROACTIVAS, Y LOS PRINCIPIOS DE RIGIDEZ Y SUPREMACIA CONSTITUCIONAL | ----- | 82 |
| 5.- ESTUDIO DE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS JUECES FEDERALES PARA ANALIZAR Y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY, EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES | ----- | 87 |

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA